



JOHN CARTER BROWN
LIBRARY

Purchased from the
Trust Fund of
Lathrop Colgate Harper
LITT. D.

The John Carter Brown Library

GIFT OF

Ronald Dwight
in memory of
Manuel Miró Quesada Larco

2.
Conecu

apte

Som

iuno

abo

a p.

mine

Da

yo

xela

sim

arda

it in

mar

Co

ueto

Kue

Co

g

cual

coxa

8

7

may

8

re

2

n

2

(56)

me expresa Vm. en la suya, elogia el mismo Autor, y sus parciales, por un efecto admirable de su fecundo ingenio, pues

*Trabajando un Gusano su capullo,
La Araña, que texia á toda prisa,
De esta suerte le habló con falsa risa
Muy propia de su orgullo:
¿Que dice de mi tela el Señor Gusano?
Esta mañana la empecé temprano,
Y ya estará acabada á medio día.
Mire que sutil es, mire que bella...
El Gusano con sorna respondia:*

Usted tiene razon: ASI SALE ELLA 1.
Aproveche Vm. el consejo, y mande á su afecto servidor, y Amigo

J. B. C.

Yriarte, Fábula 2.

(444.)

POR PARTE DE DON LORENZO JO-
seph de Aparicio, dueño de la hazienda de
Chancaillo, se ponen en cõsideracion de VS.
los fundamentos de derecho, que le asisten
en la causa del despojo de aguas que sigue
con Don Jacinto de Rojas, dueño de la ha-
zienda de Jequan, para que se sirba de con-
firmar el auto probeido por el Corregidor
de la Villa de Chancai, y la diligencia he-
cha en su virtud, declarando no haverse
cometido despojo, y á mayor abundamen-
to que las aguas pertenecen à la
hazienda de Chancaillo, de ter-
minando su propiedad en
el estado que oy tie-
nen los autos.

ORDEN DE LOS HECHOS.

PARA PROCEDER CON CLARIDAD EN EL
discurso de este informe, se asentarán e^{supra} todos
aquellos hechos, que constan, ó por naturaleza de las
cossas, ó por instrumentos presentados, ó por confesion del
mismo Don Jacinto; y en este asunto.

I Supongo lo primero, que Chancaillo, y Jequan desde
la Gentilidad donde tubieron estos nombres, no son hazien-
das sino Valles; como se espresa, así en los repartimientos,
como en todas las actuaciones de los titulos; y siendo con-
cerniente a la razon de Valles y poblaciones, (como las que
ahasta oy se reconocen de los Indios) el derecho de agua pu-
blica, es configuiente, que antes de la Conquista la hubiese
en uno, y otro Valle: de que resulta que confesando Don
Jacinto á fox. 45. que á Chancaillo no puede llegar otra a-
gua

1412
gua que la de estos puquios, fue sin duda esta, la que sirvió en la antigüedad al publico vísso de los Pueblos.

2

O Suponele lo segundo, que en la poblacion de Chancai, las tierras del Valle de Chancaillo, se repartieron a seis pobladores, que lo fueron Juan de Abrego, con 40. fanegadas, Andres Lopes, con 40. fanegadas, Juan Cano, con 40. fanegadas, Gabriel de Sandoval, con 20. Garcia Alonzo, 40. fanegadas, Marcos Melendes, 40. que todas hazen 220. fanegadas. a que se agregan las que se le dieron a la Villa que constan de la compra que corre con los titulos en quaderno separado, y muchas otras tierras, que se dejaron a los Indios de Chancaillo por la parte que confina con Jequan, como consta del repartimiento que se hizo a Pedro Nuñez de Villaviscencio: en todas las quales tierras, despues los Visitadores hallaron grandes aumentos, que parecen de las composiciones que corren en los titulos; de suerte que en este Valle al tiempo de la poblacion se impulsieron siete haciendas, fuera de repartimientos de Indios.

Pero en el Valle de Jequan como pequeño y mas ceñido, no hubo mas repartimiento que 40. fanegas, que se dieron a Pedro Nuñez de Villaviscencio, autor de Don Pedro de Santillan, y otras 40. fanegas a otro individuo autor de Doña Maria de Renjifo que hazen 80. fanegas, en que el Vicitador Fray Domingo de Balderrama halló 82. fanegas, y estas 82. junta con otro pedazo de tierra, que oy se llama el potrero de la hacienda de Retes, hazen el Valle de Jequan.

3

Supongo lo tercero que la dicha Doña Maria de Renjifo dueño de las 40. fanegas de Jequan, lo fue tambien de otras dos haciendas de las de Chancaillo, que corrian con el nombre de 80. fanegas por dos repartimientos de á 40. cada vno (que despues el Señor Visitador Arriola les halló 116. fanegas,) y que estas haciendas con la de Jequan fuesen de vn dueño, consta por la mensura de Fray Domingo de Valdeirama, inserta asi en los titulos de Don Jacinto, como en los de Don Lorenzo, y por que asi lo confiesa el mismo Don Jacinto en su escrito de fox 307. pero la dicha Doña Maria no necesitando de las 40. fanegas de Jequan, para cosa alguna, las vendió a Salvador Gonzales, Gallego en 2800. pesos a censo, de que hizo donacion al Combento de S. Augustin, y posteriormente las compró Don Pedro de Santillan, que fue en quien se consolidaron ambos Jequanes. Y esto mismo

mismo sucedió posteriormente en Chancaillo donde los hacendados se fueron comprando unos a otros, hasta que se unieron todas las siete haciendas, y tierras, en Don Francisco de León, Tio Abuelo, y autor de Don Lorenzo.

4 Suponese lo quarto, que en el Jequan de Don Pedro de Santillan, no ai mas de 22. fanegas y media de tierras como se dice en el repartimiento original, que son las mismas que con las 17. fanegas y media de la Calera hazen las 40. que se asignaron a Villavilencio: con que unidas a las 40. del Jequan de los Renjifo las 22. y media del Jequan de Santillan, hazen 62. fanegas y media todos los Jequanes.

5 Suponese lo quinto, que por la banda de la Calera las tierras de sembrar, de D. Jacinto, lindan con los pastos comunes, y egidos de la Villa, que vienen siguiendo desde sus tierras entre el Poqu o, y los Cerros, para Torreblanca: contra por que así lo articula para probarlo, el mismo Don Jacinto, en su interrogatorio, de fõx. 91. a la 10. pregunta.

6 Suponese lo sexto, que quando las haciendas del Valle de Chancaillo, se trabajaban todas por sus dueños se labraron tambien las de Jequan, però en quanto a la Calera, nunca se trabajò mas que vn pedazo, hasta los años de 635. como parece de la vista de ojos, inserta en la determinacion del Juez de aguas presentada con los titulos, en la qual se manda que quando sacase agua para regar, el poco de la Calera largue la que lleba en la tercera toma a las quatro de Jequan, y se ha de reparar, que la Calera se llamaba entonces con la denominacion de *Poco*, y de *Pedazo*, y siendo el todo de los dos Jequanes, 62. fanegas y media a que le da el nombre de hacienda, es visto que este *Poco*, ó *Pedazo*, es entonces una cosa tan pequena que no llegarían a sembrarse todas las 17. fanegas y media, repartidas en la Calera, y de aqui nacia, que el agna de este puquio pasaba quasi integra a Chancaillo, en tal forma que vna vez que se determinò el dueño a sacar mas, dejando a Chancaillo menos de la mitad, se presentaron judicialmente, y se les probeyo de remedio por el Juez de aguas.

7 Suponese lo septimo, que el Visitador Fray Domingo Valderrama, despachò titulo a Don Pedro de Santillan, de setenta fanegas, en el Valle de Guaral, distante de las Situaciones de Jequan: y aunque por aora no nos consta que tierras sean estas, por que Santillan tubo en Guaral otras haciendas, de donde viene el mayoralgo de la Concepcion de Guan-

(1242)
Quando, pero con estas setenta han hecho los authores de Don Jacinto, vn escudo con que defender dos vlturpaciones. La primera, contra el Rey, por que siendo assi, que todas las concessiones, y las composiciones del Padre Valderrama han producido mucho aumento en las visitas posteriores, solo en Jequan ha ayido faltas; y esto proviene de que mostrando à los Vicitadores vn titulo de 82. fanegas, y otro de 70. fanegas, que no tiene todo el aumento de las primeras lo esconde en el titulo fingido de las segundas: en tal forma, que haviendole ido à visitar Fray Diego Miguel de Salazar, à fox. 6. de sus titulos, dixo el medidor que no se necesitaba mensura, por que à ojo hechó de ver, que en las tierras que reconocia faltaban muchas para lo que resaba el titulo.

8 Esta falta dió motivo à nueba vlturpacion, contra la Villa, por que sus autores quisieron extenderse en perjuicio del publico, à que siempre se opuso la Villa, por todos los Cavildos presentados, mandando se le echasen fuera los ganados, en tal forma, que haviendose tratado la division de los bienes del dicho Santillan, intentando las partes se rasan estas tierras, se opusso el Procurador de la Villa, y el Teniente General, Jues de la causa declaró ser pastos, y egidos comunes, en fuerza de los instrumentos, y de la notoriedad: de que aunque se apeló por los herederos, y se le mandó dar testimonio con insercion de todos los recaudos, no consta que se rebocase: y lo que vnica mente parece, es, que en adelante, hasta que entrò Don Jacinto, continuaron todos los vecinos en el vssó libre de echar los ganados, hazer carbon, y cortar cañas, sin que se sembrasen mas tierras en toda la Calera, que tres ò quatro fanegas, como lo declaran los testigos de vista, y experiencia, à la pregunta 5. del interrogatorio de Don Lorenzo, à fox. 12; de que resulta que hallandose oy beneficiadas por Don Jacinto, mas de quarenta fanegas, en la Calera, todo lo que exceden de 17. y media lo hà vlturpado de los pastos.

9 A esta vlturpacion de tierras con que defraudó al publico, se siguió la de las aguas, contra Don Lorenzo; y para ello, dispusso desde aora 20. años, vna obra de asequia con su mayordomo Joseph Albaro, para sacar agua del puquio, respecto de que no alcanzaba à tanta porcion de tierras, la que brotaba de vnas lagunas, ò manantiales, que escurrian entre las gramas de los pastos, con que se governaba antiguamente, y por ella estubo sacando algunos riegos que no fueron

tan

tan sensibles á Chancaillo, respecto de que siendo las sementeras que se cogian en el todo de Jequan de quatro à cinco mil fanegas, hasta el año de 736. como lo declara el mismo Don Jacinto á fox. 45. al pedazo de la Calera le tocaba vna cortedad de sementera, y por esso era poca el agua que se sacaba de este Puquio, ni se pudo echar de ver la falta en la corriente de Chancaillo; pero entrando Don Jacinto por el año de 736. para sembrar toda la hazienda desde principio á fin, comenzó á champear el Puquio, con vna operacion, que constaba de de 150. champas, para levantar el agua, y que entrase toda por la boca de Joseph Alvaro; y como la profundidad del Puquio no le favorecía, sin embargo de que se llevava considerable porcion, se vertía sobre las champas á la caja principal del Puquio, desfilizandose para Chancaillo, donde sentía Don Lorenzo la escases con grave deminucion de sus sementeras, sin embargo de regar de noche, y día, atribuyendolo á esterilidad de los Puquios; en cuyo dictamen le confortaba Don Jacinto, diciendole, *amigo yo no se que tienen los Puquios, no dan agua*; y se lo creía, por que jamas havia entrado á los Puquios, ni sabía que huviesse parte por donde se la llevaba Don Jacinto; pero el año de 741. llegó á tal el exceso que por que no se pasasse el agua que escapaba de las champas mudó la toma á sitio oportuno: donde puesta su asequia paralela al plano del Puquio con qualquier opuesto en medio de la caja, introducía en su toma toda la corriente; y para ello la champeó de firme, con que siendo total la sequedad, el mismo peligro de la sementera hizo examinar la causa; y pasando á ver el Puquio lo halló cerrado Don Lorenzo, sin conocer lo que se havia hecho en quanto á la toma, por que antes, ni el, ni su mayordomo lo havian reconocido.

10 En estos terminos fue preciso usar de los remedios judiciales de la restitucion contra el despojo cometido en el excesivo hecho de champear el Puquio; y para ello se presentó en el Gobierno Don Lorenzo, pidiendo vista de ojos, y que concurriendo las partes con sus titulos se pusiese en posesion á cada vna, de los riegos que tubiese; y caso de no constar el repartimiento de agua, se procediese á repartirla á proporcion de las tierras, como se mandó por el decreto de fox. 6. Pero haviendo pasado á Chancai, juzgando se executaria á satisfacion de Don Jacinto, y sin contienda, no tubo efecto, por que viniendose Don Jacinto á esta Ciudad

(244)
dad fue imposible la Citacion, y el riesgo de perder entro de mui pocos dias vna quantiosa sembrera, obligo a Don Lorenzo a elegir el remedio sumarisimo, del despojo sobre el, qual se le recibio informacion del agua, que siempre havia bajado libre por el Puquio, y del atrabiesso con que se le havia dejado en seco: en cuya vista constando plenamente, el Corregidor en fuerza de la jurisdiccion propria, y ordinaria que recide en sus facultades, independiente de la Incitativa del Decreto, pronuncio el auto de fox. 26. por el qual declaro el despojo mandando se destapase el de la Calera, y se le pudiese en posesion del Puquio, y medio de agua, de que se le havia dado asi mesmo a Don Joseph de Aparicio su Padre, por la diligencia de fox. 323. de sus titulos; lo que se executó asi en fuerza de lo mandado a fox. 27.

II

Con estos meritos, interpusso apelacion Don Jacinto para esta Real Audiencia, donde deduxo la nulidad de lo actuado, por falta de citacion; y principalmente el despojo, por que se le quito el agua, quando estaba en el acto de llevarla; y vista en relacion se recibio a prueba, que se dió por ambas partes, presentados los instrumentos y titulos: con que se halla conclusa sobre la confirmacion o revocacion del auto, declaracion de los despojos mutuamente deducidos, y aun para la propiedad como se fundará en el discurso de este alegato.

PARTES DEL INFORME.

12

DOs son las acciones que deduce Don Jacinto en el progreso de la apelacion: la primera de nulidad; la segunda, de despojo: funda la nulidad en el defecto de Citacion en el examen de los testigos, y arguye exceso en el Corregidor, por haver procedido, sin esta solemnidad, quando se le previno a pedimento de Don Lorenzo en el Decreto de fox. 6. hiziesse la vista de ojos con citacion de las partes; pero el examen de esta nulidad oy es fuera de proposito; lo primero, porque por la ley 4. tit. 17. lib. 4. de la Recop. en las Reales Audiencias, no se oye, en quanto a las nulidades, si no es tratando juntamente la justicia de la causa; y de este modo nunca se determina si estubo bien o mal hecho; si no es lo que se debe hazer; y pues la Real Audiencia ha de determinar lo que debe ser conforme a los derechos de las partes, conduce mui poco, el que se huviese procedido con menos solemnidad.

Lo

13

Lo segundo, por que este defecto de citacion à con-
valecido con las ratificaciones que se hizieron en el termino
de prueba, à que se recibió la causa, en la instancia de esta
Real Audiencia, donde fuera de los primeros se recibieron
tambien otros muchos testigos; con que se halla la materia
en terminos de otro juicio totalmente diverso del primero.

14

Juan Bapt. Costa. tract. de facti Scient. & ignor. distinc.
1. Centur. 2. n. 12. hablando de las posesiones en materia de
aguas, distingue dos juicios, vno que es plenario posesorio;
y otro que es posesorio sumario; distingue el vno del otro
por dos capitulos; el primero, que en el sumario, no ay cita-
cion, si no la informacion desnuda para hazer constar los dos
estremos de el haver poseido, y dejado de poseer; el segun-
do, que en el sumario, no se examina la justicia ó injusticia,
pero en el plenario, se disputa para examinar lo legitimo, y
para esto es necesaria la citacion.

15

Supuesta esta diversidad de juicios, clara mente se co-
noce que oy estamos en el plenario posesorio, que consiste
en la prueba abierta, demonstracion de titulos, y alegato de
derechos, con que cada vno funda la justicia de su causa. Por
el contrario ante el Corregidor, solo se siguió el posesorio
sumarísimo, que ni pide citacion, ni otros recaudos, que la
informacion sumaria. Y este es el que debió seguir allí Don
Lorenzo: por que no hallándose presente Don Jacinto para
que mostrase titulos, y compareciessé en las diligencias,
instando los riegos por momentos, pena de perder una se-
mentera que valia caudal considerable, fue preciso usar de
este remedio; que si el derecho lo introdujo para alguun ge-
nero de causas, no pudo ser para otras, que para estas tan es-
trechas, y de tan inminente riesgo; por que si se perdian los
maizes en tanto que se citaba à Don Jacinto en esta Ciudad,
y le daba gana (que no le daria) de concurrir al termino
de la ordenanza, y mas quando se autentó con el titulo de
enfermo, entre estas dilaciones perdida la sementera se havia
acabado tambien la ocacion del pleito: y como quiera que
en el Corregidor resida facultad ordinaria para conozer en
ambos posesorios, y la Incitativa del Decreto no le priva de
la jurisdiccion para el vno quando le exita para otro sin dis-
tinguir de casos, se haze demonstrable, lo primero que el Co-
regidor procedió con justo orden, y provido estílo, como
lo pedia la naturaleza de la causa en aquellas circunstancias;
lo segundo que siendo el plenario posesorio el juicio de que
oy

(R. 111)

oy se trata, que es diverso del sumario posesorio que determinó el Corregidor, nada de lo que se ponderase de exclusión o nulidad en el referido auto es parte de lo que oy se trata, y de la determinación que se espera: de tal modo que aunque entonces determinase mal, oy podría ser justo su contenido.

16. Y pues en este plenario posesorio el primer examen es la justicia de la causa que consiste en los derechos de propiedad y dominio, que son los que titulan, y legitiman las posesiones, será la obra primera de mostrar que las aguas que bajan por los Puquios de la Calera y la Caña tocan a Don Lorenzo en las tres partes, que regulan el Puquio, y medio de que se le dió posesión. En la segunda parte se demostrará que las haciendas de Chancaillo han estado en posesión de dichas aguas desde tiempo immemorial. Y en la tercera, que Don Jacinto de Rojas, no ha tenido posesión, y que si alguna puede alegar es injusta, exclusiva, clandestina, y dolosa.

PUNTO I.

§ I.

17. **D**on Lorenzo tiene propiedad por sus haciendas en las aguas de los Puquios.

FUNDAMENTOS.

18. **L**as aguas por derecho son comunes segun la *lei 2. ff. de rerum divis. § Et quidem inst. eodem*: y en nuestro derecho de Indias es expresa la *lei 5. tit. 17. lib. 4.* que es lo mismo que allá cantó el Poeta.

Quid prohibetis aquas? usus communis aquarum est: nec Silem proprium natura, nec aera fecit, nec tenues undas, ad publica munera veniunt.

19. Pero aunque lo común es exclusivo del dominio, con todo los Reyes por antigua costumbre en todas las naciones han incorporado en sus coronas las aguas como advierte, *Capitular pragm. 8. parte 2. en 34.* y de todos los Rios, y nos los conservan integros, como los nabegables, y los otros los reparten, ya para los usos publicos, ya para los privados, en los casos q trata *Gobio lib. de aquis. quest. 3.* y como en estas regiones no aya Rios nabegables todas las aguas son de repartimiento al publico, y los privados: sobre que expresa la *ley 9. tit. 17. lib. 4. de las Indias*, donde tratandole de los rep-

partimientos de las tierras, manda tambien se haga de las aguas, con razon oportuna, por que tratantose de la poblacion de los lugares, y para ello convocar los habitantes, con el dominio de los fundos, no podiá hazerse esto de otra suerte, que con el beneficio de las aguas; respecto de que las tierras solas no pueden decirse hacienda ni fundo, si no campana, y pampa, en fraze de los Indios; y en esto se distinguen las que se llaman haciendas, de la pampa Lancon, el despoblado de Zechûra, y otros semejantes, que estos lugares carecen de la agua que los otros tienen, y es tan constante, que todos los repartimientos de la poblacion se hizieron con las aguas, que por la ley 1. tit. 4. lib. 5. *está prohibido hazer poblaciones donde no aya muchas y buenas aguas para beber, y regar, frutos y mantenimientos, y tierras apropósito para sembrar, y coger*: de que resulta que siendo vno de los requisitos para la poblacion, y repartimiento de tierras, lo fructifero de ellas, que consiste en las aguas, como lo supone la misma ley, no puede haver repartimiento de tierras, sin que se entienda juntamente la concelsion de las aguas.

20 Y esto es tan cierto que la carencia de aguas es lo que constituyé despoblados, en tal forma que el desminuir las aguas es destruir los pueblos, y auyenrar los moradores como lo supone el Señor Lagunez 1. par. cap. 5. a n. 5. y esto fue lo que figuraba entre los Romanos la Intendicion de agua y fuego, para obligar a los delinquentes a transportarse de sus confines, como que no pudiesen habitar con la negacion de este elemento; y siendo la poblacion vn acto contradictorio al destierro, era precisso atraer con el agua á los que sin ella eran remobidos.

21 En estos terminos es constante que todas las tierras de Chancaillo fueron de repartimiento en la poblacion, donde se formaron siete haciendas, fuera de las tierras de Indios, que constan de los titulos, y de que se hizo memoria en el n. 2. de este Informe; y confesando Don Jacinto, que al Valle de Chancaillo no es posible otra agua que la de estos Puquios, como queda convencido en el supuesto del n. 1. tenemos demostrado, que esta agua es la que con las tierras se repartió en el cúmulo de las siete haciendas, que componen el Valle, hacienda oy de Don Lorenzo.

22 Si es licito, el tomar las aguas desde arriba para mostrar su naturaleza, recurriendo á la Gentilidad, hallaremos mas claro este derecho; por que como llevamos advertido en el

el n. 1. Chancaillo, fue Valle y poblacion de Indios, cuyos vestigios hasta aora se reconocen en los Sepulcros, y numerosas Huacas, fabricas de su habitacion; y à la razon de Valle, y Poblado, es tan necesaria el agua, como lo es la tierra, y el ayre; siendo estos tres elementos, los que deseaba el Troyano en pluma del Poeta para fundar la Ciudad, termino de su peregrinacion.

Diluvio ex illo tot. vasta per aquor velli

Diis sedem exiguum patriis, litusque rogamus

Innocuum, & cunctis undam auram que patentem.

23 De aqui se infiere, que pues confiesa Don Jacinto que à este Valle no llega, ni puede llegar otra agua, fue la de los Puquios la que sirbio al vssio de esta poblacion. Y esto lo demuestra la misma fabrica del Puquio, y su desmedida profundidad, que en tres leguas de longitud, que tendran ambos Puquios, desde su nacimiento hasta el mar, se hallan cabados en tres y quatro baras de profundo; cuya operacion excede à las fuerzas de los hazendados, y solo pudo ser accesible à la multitud de los Indios; y por esso en las menturas que se hizieron desde el repartimiento se pusieron los Puquios por linderos. Ni es menester discursos para persuadirlo quando por naturaleza se demuestra, que el agua que pasaba à los Indios de estos Puquios, havia de ir por su caude, y no se reconoce otro que el que oy tienen.

24 Esta antigüedad, en la aplicacion de las aguas, que excede al dominio de los Españoles, por si sola bastaba à constituir vn plenissimo derecho en las tierras de Chancaillo, para las aguas que descienden, con las doctrinas de *Fran. Marc. Cepolla. Bald.* y otros que cita y sigue *Capycio Latr, consult. 8. à n. 5. Antuez de Donat. Lib. 3. Cap. 4. n. 22. Lagunez. Part. 1, Cap. 5. n. 42.* quienes enseñan que no se ha de receder en materia de aguas de la costumbre de la antigüedad; pero mas à nuestro intento la *ley 9. tit. 17. Lib. 4. de las de Indias donde se manda: que la misma orden que los Indios tubieron en las aguas se practique entre los Españoles, en quienes estuvieron repartidas las tierras, y que se señale à cada vno el agua que debe llebar successivan ente le vno en otro, pena de que al que quisiere preferir, y la ocupare por su propria autoridad le sea quitada, hasta que todos los inferiores à el, rieguen todas las tierras, que tubieren señaladas.*

25 De que se infieren quatro colequencias. La primera, que la agua que tubieron los Indios, essa misma tienen oy los ha-

(442)
hazendados, y siendo esta (por que no ay otra) la que tuvieron los Indios así para su poblacion, como para el beneficio de sus tierras, es visto que el mismo derecho ha pasado á Don Lorenzo por el cumulo de los repartimientos de tierras, que se han consolidado en su persona. La segunda, que esta agua ó está repartida, ó mandada repartir à proporcion de las tierras; que es lo que pertenece á la mensura del Puquio y medio, de que se dirá despues. La tercera, que aqui las tierras son repartidas con la servidumbre de Aqueducto, que esto es regar, vnos en pos de otros. La quarta, que en este derecho de aguas, quando se prohíbe que ninguno quiera preferir, ningun hazendado es primero que otro, por que todos estan en vn mismo lugar de derecho, aunque se coloquen en inferior de situacion,

26 Este modo de repartirse las aguas, no solo fue debido à Chancaillo, si no practicado; por que Doña Ana Manuela de Torres, successora de Dona Maria de Renjifo, y por esso dueño de vn tercio de Chancaillo, segun lo supuesto al n. 3. arrendaba sus ochenta fanegas, en 2½. pelos como parece de las escripturas de locacion presentadas con los autos; donde se dice, que se arrienda con la mitad del agua del Puquio: y este no puede ser otro, que el Puquio que llaman del Potrero de Retes, ó de la Cana; por que esta hazienda se arrendaba con su Molino, que está à la vista, puesto en tan alta situacion que solo podia conducir el agua por los Cerros de Jequan, respecto de la profundidad con que corre el Puquio de la Calera; y conociendo Don Jacinto, que las aguas que bajan unidas para Chancaillo no son las que pueden servir à este Molino, recurre a dos extremos; el primero, que el Molino, es imaginado: el segundo, que estos arrendamientos, se harían quando las quarenta fanegas de Jequan, estaban en el dominio de la Renjifo, que siendo dueño del vn Chancaillo, y del vn Jequan, no era mucho que arrendase con la mitad del Puquio; pero vno y otro recurssó claudica; por que el que sea imaginado el molino, es vn modo de decir sin negar, aunque suene à negacion, solo por que no quiera confesarlo; pero Don Lorenzo que siempre camina firme en sus hechos, pone pendiente el derecho del agua de la existencia del Molino, para que si no lo huviere se le prive de toda el agua; y si los molinos segun la doctrina de *Gobio Quest. 14. n. 3.* son prueba del derecho de agua, ofrece Don Lorenzo en este vn titulo de cal y canto para el de-

(2da)

27) derecho de la que corresponde à esta parte de su hazienda. Menos embaraza el segundo, de que este arrendamiento fue quando Chancaillo y Jequan estaban en vn dueño: porque Doña Ana Manuela de Torres fue sucesora de la Renjifo, que hizo la separacion vendiendo à Salvador Gonzales Gallego, por el año de 604. à fox. 58. de los titulos de Don Jacinto: y las escripturas de arrendamiento fueron por los años de 662. y 663. sesenta años despues de enagenado el Jequan de la Renjifo. Pero aunque este esugio es desconcertado, sirbe para que infiera Don Lorenzo, por vnatacita confesion de Don Jacinto, que esta hazienda alta de Chancaillo, traía su agua, sacandola del Puquio por las tierras altas de Jequan; por que si así no fuese, no necesitaria Don Jacinto recurrir à este Anacronismo, quando le bastaba decir, que la mitad del Puquio se entendia de estas aguas que decien den à Chancaillo por el passo de Matavaca, donde recaen todas las aguas de los Puquios.

28) Estos antiquísimos arrendamientos, con expresion de estas aguas (de cuyo thenor pudiera presentar otros muchos Don Lorenzo) son argumentos eficacísimos de su propiedad, segun *Falconerio, en el tom. 3. de sus modernas Deciss. tit. 35. Dec. 2. n. 12. citando à las Recentorias Deciss. 300. n. 20. Part. 9.*

29) Pero para que se necesita de combenzer el derecho de aguas, por pruebas presumptivas, ni congruencias de derecho, quando tenemos la confesion de Don Jacinto, en la tasacion de Chancaillo, Tasador nombrado à la fox. 278. de los titulos de Don Lorenzo, donde dize, que aprecia las tierras con los derechos de agua, y demas vertientes en 250. pesos. Y no debe entenderse, que apreciaba la que no tenia; y mucho menos la que era suya propia, quando concurría à vna tasacion con que se preparaba la venta de esta hazienda, y de sus aguas. Si Don Jacinto pretendiese alguna porcion exesfiba de riegos, dejando à Chancaillo alguna parte, aunque corta, bastara esto para talbar esos derechos de agua, que tiene apreciados con las tierras: pero si su intento es, que todas las aguas son suyas y que à Chancaillo no baja gota por derecho, si no la que le quieren dar de condesendencia, quales son los derechos de agua que tubo pressentes para la tasacion; pues sabia desde entonzes, y tiene confesado aora que no puede regar con otra agua, que con la de estos Puquios.

30)

La dificultad, le obliga à emprender vn ridiculo esugio,
y

y se reduce à que las aguas que tiene Chancaillo, son los desagües de Jequan; pero como diga jantamente que estos desagües pasan de merced, es consiguiente que para ser gracia no puedan ser derechos; y queda en obligacion de asignar qual es el derecho de agua que apreciò; y para mejor convencimiento notele, que en esta tassacion aprecia las tierras con derechos de agua, y con las demas vertientes, y no siendo capaz Chancaillo de otros Puquios que broten entro de sus linderos, por que todo ello es vna campaña arenosa circumbalada de Cerros, que cortan las humedades de las tierras del Valle, las quales brotan por la vanda de la Calera, por que al toparse con la subida de los Cerros, rompen por repercucion á la superficie de la tierra, no puede entenderse otra agua la de las vertientes, en quanto diversa de los derechos de agua, si no que el derecho consiste en la agua, libre de los Puquios; y las vertientes, todo lo que escurre de sus tierras confinantes, por razon de desagües, ò por otra causa.

31

Però aun ay otro mayor convencimiento; por que es cierto, que los mismos derechos tiene oy Chancaillo, que tubieron los antiguos authores, à quienes se le repartieron las siete haziendas; y entònces pregunto: qual era la agua con que todos estos y tambien los Indios regaban su tieras? Si se dixere que los desagües, se convence de falso así por derecho como por la incompatibilidad.

32

Es falso por incompatibilidad, por que las tierras de Chancaillo se hallan profundas por la mitad, donde esta sumergido el Puquio que corre derecho para el mar; en tal forma que inmediato al passo de Matabaca, es menester sacar las aguas por asequias superiores, à la falda de los Cerros, de donde se sacan para el beneficio de las tablas, por la parte que se necesitan; de que resulta, que los desagües de las tablas altas, que fueron de la Renjifo confinantes con Jequan, caen al profundo de la asequia del Puquio, que corre para el mar; y la que allí cae no buelve à salir, por que para qualquiera parte havià de repechar, y solo tiene decaida para el mar; con que si Doña Maria Renjifo hubiese recibido los desagües como suyos, cassò que despues de su sementera tubiese ella desagües que entregar; venian á caer à parte, donde ninguno otro pudierà apròbecharlos; y era incompatible al que esta hazienda y las otras se beneficiasen con vnos mismos desagües.

33

Es falso por derecho, por que por la ordenanza octava de

D

de

(1024)
de las aguas, está prevenido, que los desagues del superior pertenecen al predio proximo sirbiente, y se hazen propias de su dueño, luego que entran en sus fosas, segun *Lagunéz, dd. Cap. 5. á n. 28. y Antunez Lib. 3. Cap. 4. á n. 25.* lo qual supuesto debemos discurrir en este modo. El confinante con Jequan era dueño de todos los desagues, quien segun estas doctrinas podía dibertirlos en los vños que le pareciese, y en perjuicio de los inferiores: de aqui se sigue, que si algunos desagues quedaran, (que ya fueran desagues de desagues) entrando al segundo fundo, eran del todo propios de aquel dueño, quien tambien los habria de convertir en su beneficio; y estos que en la segunda hazienda ya eran terceros desagues, en llegando al tercer fundo que serian? y que, quando llegasen a la septima hazienda donde ya eran ocho vezes desagues de desagues. Bien atendida esta materia por quien la meditare, conocerá, que si en este termino se hallasen aquellas haziendas se discurririan la mayor miseria del mundo, como tierras que solo por vn accidente desesperado pudieran mojarle a regadio. Y si atendemos a la calidad del Valle, se haze esto mas urgente; por que como alli se reduce todo á vna sementera al año, y que se ha de hazer á vn mismo tiempo en todas las haziendas quando remota vno, y tiene ocupada el agua, llevandola de vnas en otras tablás; entónzes lo havian de hazer los otros, y quando comienzan los riegos, es tiempo de regar para todos; con que no tiene lugar el beneficio de dividir los tiempos, para que vnos aprovechasen las aguas en diversas estaciones, para otras sementeras; de que resulta, que quando ay aguas de obra no se siembra, y quando se siembra no ay desagues; en lo qual se reconoce con visible certidumbre, que los antiguos, que sembraban maizes como oy se haze, era imposible que lo hiziesen con desagues deribados de vnos á otros, si no que necesitaron de repartimiento, con que cada vno regaba sus sembrados; cuyos derechos no pueden alterarse por que se hayan consolidado en Don Lorenzo.

34 Y aqui dejó prevenido el mejor instrumento Don Jacinto en vna declaración que hizo, contra Don Lorenzo en fuerza de censuras, por parte de Don Juan de Beramendi, en los autos que siguieron sobre el derecho de herencia, los que se han demostrado á la vista; y en ellos dize Don Jacinto que la hazienda de Chancaillo es vna de las mejores del Valle,

(451)
y que aunque no hizo juicio de sus tierras, quando las talso por estar sembradas, tenia entendido que valia mucho por la situacion, la independencian, y lo abundante de agua, y esto no lo puede referir a los desagues, ni a las condesencias, por que estas pueden suspenderse, y aquellos divertirse; y siendo cierto que la gracia del vecino no da valor al fundo con-
finante, sino que este vale por si, y por lo que tiene de derechos, se haze evidente que la abundancia de agua que entonzes declarò Don Jacinto con aquella libertad que funda el no tener interes proprio, se refiere á la que le toca por repartimiento, y que ha gozado por costumbre.

36

Los desagues, con las migajas que se caen de las tablas, quando se riegan, y estas nunca pueden ser tales que hagan abundante de agua á otro fundo igual; de que resulta, que si el inferior es tres ó quatro vezes mayor (como lo es el de Don Lorenzo, respecto del de Jequan) será escazisimo, si no tiene mas agua, que esas migajas aun quando siempre las hubiese, por que lo frecuente es que se lleban los desagues de vnas tablas en otras comenzando por las superiores, en las quales entra el riego de primera intencion, y las vitimas participan los desagues con la reflexion de que en las mismas tierras de vna hazienda, quando se riega vna tabla, y se quieren aprovechar los desagues en la siguiente, es menester ayudarlo con vna punta de agua, para darle aquel golpe que constituye riego, por que lo demas era mojar las tierras, y mancharlas, y si esto sucede de vnas suertes á otras, entro de la misma hazienda, que será para el beneficio integro de vn fundo donde no ay otras puntas de agua, y esta que es la vnica, la quiere por entero Don Jacinto.

37

Quien dudará que si así fuese, sería Charcaillo la hazienda mas estéril, y que la extension de sus tierras solo serviría de aumentar sus sequedades; en todo el cumulo de haciendas no ay alguna tan infeliz que no tenga su asignacion de agua sobre los desagues del vecino, y con todo esto, muchísimas de ellas son estériles; y es la razon, por que las suertes de tierras no son vasos donde se hecha á medida el agua que han de beber, sino vnas tablas que constan de natural declinacion, donde es preciso, que la agua que llegó al extremo corra para abajo; de que resulta, que ninguna Chacra adelanta otra cosa con los desagues que recibe, si no sacar libre su repartimiento de agua; pues haviendo de soltar para abajo en desagues propios lo mismo que le entra por arri-

(121) arriba en los agenos, se vienen á compenar los vnos con los otros; y lo que queda en el fundo es el agua de repartimiento; con la reflexion de que quien mas siembra mas riega, y quien mas riega mas del agua; con que haviendose de sembrar mucho en Chancaillo, es menester mucha agua, para los desagues que se an de vertir al mar por falta de predio subseguente; de que se infiere concluyentemente que los desagues ó no los ay, ó no pueden aprovecharse mientras no se asigna agua propia para la labor del fundo.

§ 2.

38 **D**ON Lorenzo tiene en estos Puquios las tres partes de la agua, que reguladas al todo hazen Puquio y medio.

FUNDAMENTOS.

39 **D**EL mismo modo que se reparten las tierras se mandan repartir las aguas por la ley 11. tit. 7. Lib. 4. de las de Indias, sin embargo de que vnos sean predios superiores, por que para esto les impone servidumbre segun llevamos asentado en el n. 25. El modo de repartirle las aguas es materia de que trataron *Bondero docum. 40. n. 2. Pecchio de aquis quest. 18. n. 5. Antunez Lib. 3. Cap. 4. n. 32. Cardenal de Luca discurs. 34. de emptione n. 17. Gobio de aquis quest. 4. n. 14.* Con todos los que cita y recoge *Ma. Antonio Sabel § agua n. 5.* y en citos es constante doctrina que el repartimiento de las aguas se debe hazer no por la necesidad sino por la mayor ó menor cantidad de las tierras; de suerte que hecho computo de lo que ay en el cumulo de las aguas, y el conjunto de las tierras se forma prorrata en la divission. Asi se practica en todas las naciones, y en las Indias, no se variá este vssó, por que *B. Salorzano Lib. 6. Pol. Cap. 12. in fine*, moviendo la cuestion de como se han de partir las aguas en las Indias, se remite á dos lugares de *Cepola trac. 2. Cap. 4. n. 13. y Valenzuela Velazques Concilio 7. y 100.* los quales authores convienen en que la divission se haga conforme á la cantidad de las tierras.

40 Y en estos terminos no necesitamos examinar otra cosa si no inculcar en los titulos quanto exede el fundo de Chancaillo á. de Jequan. Las tierras de Chancaillo son 220. fanegadas, por el repartimiento de la fundacion entre los seis pobladores, de que se hizo memoria con relacion á los titulos

los en el n. 2. y estas se hallaron tan aumentadas por la diferencia de las mensuras, que el Visitador Fray Domingo de Balderrama en solo las 80. de Doña Maria Renjifo halló 93. fanegadas, con que le despachò titulo: el qual reconocido posteriormente por el Señor Arriola el año de 643. con la verdadera mentura hallò que havia 43. fanegadas de exceso por las quales admitió composicion, y le despachò titulo à Barthome de Leon, de 136. fanegadas; consta del 2. quaderno de los titulos, á fox. 89.

41

Asi mismo tiene Don Lorenzo por las tierras que compró Gabriel de Sandoval, de Fernando Ordoñez de Valencia, 80. fanegadas, que parecen de la escriptura de fox. 118. del quaderno 1. En la qual hipoteca dicho Sandobal las 20. fanegadas que comprò de la Villa, con que se hazen cien fanegadas, y agregandole las 91. fanegadas que compusso con el Señor *Arriola á fox. 147.* del mismo quaderno, hazen 191 las que Don Lorenzo adquirió en este quaderno de titulos de Gabriel de Sandobal; à que agregadas las 136. fanegadas, que adquirió por Bartholome de Leon con los titulos del segundo quaderno, hazen 327. fanegadas, las que há vnido Don Lorenzo en su dominio.

42

Pero Don Jacinto no tiene mas titulo legitimo que los dos repartimientos de à 40. fanegadas en que se comprehenden los dos Jequanes, y la Calera, como notamos al n. 2. y 4: y aunque se hà extendido por la vanda de la Calera sacando à beneficio gran porcion de pastos de los comunes de la Villa, no los hà hecho suyos, porque ni los compró à la Villa, ni los hà compuesto con el Rey; contra quien se vale de vn titulo de 70. fanegadas despachado por Fray Domingo de Balderrama, en el Valle de Guaral, que es otro distante del de Jequan; y como en el cumulo de todas las tierras no alcanza à toda esta mensura, reconociendo los Visitadores vn titulo abultado, sin llegar à los cordeles, à la visita, le han dado por bueno el titulo, como hemos fundado al n. 7. de que se sigue, que si se toma la hazienda de Don Jacinto en su legitima mensura, será vn quarto de la de Chancaillo, y si se quiere disimular la usurpacion vendrá à ser poco mas de vn tercio.

43

Sin que obste la tasafion que hizo de Jequan Don Joseph de Aparicio, de 147. fanegadas; por que los tasadores no miden las tierras, ni Don Joseph entendia esta facultad, siendo la practica seguir lo que los titulos muestran en la su-

E

per-

(1224)

perficie, ó lo que dicen las partes; y con el juicio que forman de la calidad de las tierras, que es lo que entienden los hazendados, proceden à las tasaciones. Pero entre esta que hizo el Padre de Don Lorenzo, y la que hizo de Chancaillo Don Jacinto, ay vna grandissima diferencia; y es, que Don Jacinto, que dize ser dueño de toda el agua, debió saber entonzes que Chancaillo no tenía derecho alguno para no apreciarlo: pero Don Joseph no tiene tierras que pierda con Jequan, y por esso no se perjudica como Don Jacinto.

44

En cuyos terminos haviendose de hazer la division de las aguas aproporcion de las tierras en conformidad de las doctrinas expuestas al n. 39. se reconoce que no le pueden tocar mas riegos à Don Jacinto, que lo correspondiente à medio Puquio, que es la quarta parte de las aguas; y aunque quiera poner en quenta las que tiene vsurpadas de la Villa, no por esso se le debe dar mas agua, respecto de la que lleva integra por el Puquio, que corre por delante de su cassa: y si le parece poca à Don Jacinto, està prompto à recibirle Don Lorenzo, por el medio que debe haver en el de la Caña para que quede este en el todo por de Don Jacinto.

45

Este repartimiento de aguas es el mismo que entabló el Juez Privativo de ellas, por la sentencia presentada en testimonio con los títulos, cuya decission es, como notamos al n. 6. que quando se sacase agua para regar el pedazo de la Calera se fuese la que lleva desde la tercera toma de las quatro de Jequan, y quando por todas estas llevase la agua del vn Puquio, deje correr el otro, integro para Chancaillo; y esta providencia se dió precediendo vista de ojos, en la qual consta, que reconocida el agua que bajaba por los dos Puquios, se halló, que Chancaillo no llevaba la mitad: de aqui se infiere, que si en ambos Puquios no llevaba la mitad, luego de ambos llevaba alguna parte: con que mandando el Juez que el Puquio de la Calera se toltase integro para Chancaillo, sobre aquella otra tal qual porcion, que bajaba por el de la Caña, es visto que el Juez repartió el Puquio y medio; y por consiguiente en la diligencia quedó desde entonzes Chancaillo en posesion.

46

Esto baste en quanto à lo positivo del derecho de propiedad de Don Lorenzo, mientras haziendonos cargo de los fundamentos contrarios, con su respuesta queda mas estable.

FUN-

FUNDAMENTO DE LA

propriedad de Don Jacinto.

47 **P**ara fundar Don Jacinto el desmedido intento de llevarse todas las aguas cerrando el curso de los Puquios para entrarlos en sus tierras, alega la propiedad de origen, que consiste, en que vno y otro Puquio nacen en sus tierras. por lo que le tocan como frutos y esto lo quiere persuadir por tres Capítulos: El primero por que entiende que así lo confiesa expretamente Don Lorenzo en su escrito de fox. 67. El segundo por que así lo declaran sus testigos á la quinta pregunta de su interrogatorio: Y el tercero por que el Puquio en las menfuras de Don Pedro de Santillan, se pone por lindero de las tierras de Jequan á fox. 4. de sus títulos.

48 Y baxo de este supuesto, quiere valerse de las Generales Doctrinas, que enseñan ser privadas las aguas que nacen en el fundo privado, y sujetas como accelsiones suyas al mismo Dominio: de que tratan *Gobio quest. 3. n. 5. Sabeli § agna à n. 2. Mascardo Concl. 123. n. 1. Lagunez Cap. 5. à n. 21. Anquez Lib. 3. Cap. 4. Cardinal de Luca de servit. discurs. 25. 27. 31. y otros muchísimos con la ley Prefec. 6. Cod. de Servit.* por que no ay alguno que trate la materia de aguas, que no traslade esta Doctrina; y con ella como indubitada pondera Don Jacinto vn indubitado derecho á la propiedad de estas Aguas sin hazerse cargo cerca de su verdadera inteligencia, y de su aplicacion: como se hará patente en los siguientes Dilenrlos, con que se destruye este fundamento.

SATISFACCION AL FUN-

damento contrario.

§ 1.

49 **L**As aguas de estos Puquios no son de naturaleza privada aunque nacieran en los fundos de Don Jacinto.

50 *Antonio Gobio*, celebre Author de la materia en la *quest. 3.* despues que al n. 5. hubo enseñado copiosamente que las aguas son del privado en cuyo fundo nacen, limita la doctrina en el n. 6. quando el curso es perene, por que entonces se hazen publicas, por naturaleza, y no se atiende al orijen: y por esso en la *quest. 5. n. 1.* preguntando por que cosas

cosas se constituyan los Rios publicos, á distincion de los privados, dize: *primo aperennitate ut quia continuo fluat, & hoc verum est etiam si originem habeat à loco privato, quia in esse publici formaliter constituitur per solam perennitatem.*

Esta Doctrina, no es ceñida á solos los Rios; por que suponiendo los AA. que vn fundo privado no puede ser origen de aquellos grandes Rios, como el de la Plata, el Marañon, y otros semejantes, cuyo orgien son los Montes de Niebe, y no las fanegadas de tierra, pasan á examinar que cantidad de agua sea necesaria para que los rivulos dejen de ser privados; tratan el punto el mismo *Gobio quest. 5. al n. 5.* donde assienta con los AA. que alli recoje, que nada importa el que sea grande, ó mui pequeño, con tal que sea perenne. *Cancerio pat. 3. Cap. 4. á n. 234.* pregunta la misma questión y refiere dos opiniones: La primera, es de todos; que si el manantial sea copioso, la agua es publica, aunque brote en tierra del privado: La segunda, es de algunos, que dijeron ser privada quando brota escasa, y son estos, *Bartholo Tiberio*, y puede añadirse, *Novario Grabam. 68. n. 8.* Pero en el n. 237. reduce á concordia ambas opiniones, y dize assi: *in perennitate aquæ attendatur an illa aqua sit ita perennis ut publicæ prodesse secundum suum naturalem fluxum possit an non: primo casu censetur publica secundo vero privata:* y el mismo *Gobio ubi supra á n. 4.* despues de haber atentado que la perennidad por si sola haze derecho publico, no solo en los Rios ó rivulos, sino en los lagos ó fosas, (que son Puquios hechos á mano,) cuyas palabras son, *Lacus palus vel fossa ratione solius perennitatis publici juris esse dicuntur*, concluye al n. 7. *quod dictum est de parvitate rivi data illius perennitate intelligendum arbitror, si sit in quantitate ut secundum suum naturalem fluxum publice possit prodesse:* y cita á *Antonel. de tempore, legali Lib. 2. Cap. 81. n. 37. Giurba Observ. 20. n. 18.*

Pero faltava examinar quando se diga bastante para servir al vfo publico: el citado *Cancer. al n. 232.* despues de haver juzgado la propiedad de las aguas á favor de Pedro Valls, por que nacián en su fundo, dà la razon de su sentir en estas palabras: *Et hoc cum dicta aqua sit ita parva ut non sit sufficiens ad irrigationem terrarum dicti Valls, quas ibi habet, quod dico, non licet aqua in meo nascatur, si continuo fluat publica est quo ad proprietatem, & usus est communis:* que es lo mismo que si dixese, ser aquella agua privada por que no es bastante

(454)
bastante à las tierras de aquel particular, de tal forma, que si exediera de ellas, y alcanzara para otro, ò para otros, entonces ya era quantiosa para ser publica.

53 Y llegando à la aplicacion de estas Doctrinas, no se necesita otra cosa que traer à la memoria lo que notamos en el supuesto del n. 1. por que siendo Chancaillo vn Valle de la Gentilidad, que demandaba agua publica, así por naturaleza, como por derecho de Gentes, que es igual en todas las naciones, aunque barbaras, segun el § *Et quidem i. Riparum 4. Littorum 5. Inf. de rerum diuis.* que hablan en terminos de aguas, no habiendo otras por la confesion de Don Jacinto que estas de los Puquios, de ellos hemos de deribar el derecho de agua publica, para aquellas poblaciones.

54 Lo segundo, por que confesando Don Jacinto, que despues de regadas todas sus tierras sin dejar alguna con delcanso, los delagues ministran tanta abundancia, que bastan à hazer copiosas las haciendas de Chancaillo, nos hallamos en los terminos opuestos à la Doctrina de *Cancerio ubi supra*, que resolvià ser privadas las aguas, por que no alcanzaban à regar el fundo de aquel privado, pues en estas confiesa Don Jacinto, que no solo alcanza al Valle de Jequan, su proprio fundo, sino que haze abundantes en Chancaillo à otros tres fundos como el suyo; de que se concluye que supuesta la perennidad, por lo que haze alquanto, tienen estos Puquios ò rivulos que de ellos se deriban no solo la que es menester para servir, si no la que hà servido en el publico vfo de ambos Valles.

55 Todos los AA. que mueben esta question, para examinar si las aguas que brotan son publicas ò privadas, van suponiendo, que el publico tiene otras aguas de donde se provea, por que de otra suerte siendo este elemento neceuario como pondera *Lagunes ubi supra n. 1.* no fuera preciso examinar la cantidad, pues no habiendo otra, poca, ò mucha, era ella la que habia de servir para los vfos naturales.

56 El Cardenal de Luca, despues de tratar el Dominio de las aguas por el Dominio de los suelos con la regla general, que se hà traído en el *disc. 31. de servit. n. 5. Lagunez n. 82.* dice, que todo esto hà de entender mientras no ay particular estatuto que diga lo contrario. Y en nuestras Leyes de Indias nos encontramos con la *Ley 5. tit. 7. Lib. 4.* por la qual se manda, que el vfo de todas las aguas sea comun en todas las Provincias de las Indias, como tambien de todos los Pastos,

424
y todos los montes: y así como en la comunidad de Pastos y montes, por lo que dize aquel *todos* se entienden comprendidos así los grandes como los pequeños del mismo modo hemos de discurrir en quanto á las aguas, de quienes habla la Ley con la misma totalidad.

57 Supuesta esta comunidad de las aguas passa en la Ley II. à mandar, que se repartan las tierras y se repartan las aguas, por el mismo orden con que lo executaban los Indios; con que habiendo regado los Indios con estas mismas, por que no ay otras, es constante, que en el repartimiento de las tierras que se hizo en la poblacion de Chancay, estas mismas aguas se repartieron por los pobladores, ó se entienden repartidas por el ministerio de la Ley.

58 Dirá Don Jacinto, ó querra decir, que este repartimiento se entiende de los Rics, que por su naturaleza son destinados al comun beneficio, pero no de aquella agua que naze en el mismo fundo, porque es tan privada que ni el Principe puede repartirla en perjuicio del Dueño, segun las Doctrinas que van alegadas en el n. 49. y por consiguiente ni los pobladores que no pudieron tener mas facultad que el mismo Rey.

59 Así es obligado à decirlo Don Jacinto, por que de otra fuerte cayera en el repartimiento de la Ley; pero quando sea este recurso se mostrará en la siguiente consideracion.

60 Los predios de las Indias primero fueron del Rey con el Reyno en la Conquista, que de los particulares es expreso en las de Indias todo el *tit. 7. Lib. 4.* cuya inscripcion es de la *Venta y composicion de tierras*, pues mal se pudieran vender, y repartir en su nombre, sino fuesen suyas proprias.

61 De aqui se infiere que de el mismo modo que fueron del Rey antes de las ventas y repartimientos, todas las tierras en vn cumulo, tambien fueron suyas en conjunto todas las aguas de Rios, y fuentes; sin exepcion de alguna: no solo por jurisdiccion como el Mar, y los Rios Navegables, sino tambien por Dominio: en tal forma, que siendo oy las adquisiciones particulares de los Vasallos, vnas derivaciones de aquel Dominio pleno, todo lo que oy tiene Don Jacinto en los Puquios, por razon de sus tierras, lo tubo tambien el Rey antes de concederselas: y por consiguiente fue dueño de repartirlas sin agravio de otro, que tubiese alli derecho fundado y adquirido.

62 Demos aqui vn caso en que todo Chancaillo, con Je-
quan

quan fuessen de vn dueño, y que todas estas tierras juntas compusiesse el fundo de vn particular; entonces no habria duda que todas las aguas de estos Puquios eran del todo de estas tierras: finjase sambien que este dueño dividiese este fundo en dos partes, y que sin hablar de las porciones de agua, las vendiese á dos terceros: pregunto, en esta venta, se llevaria todas las aguas el comprador de el fundo superior y el comprador de la parte inferior no adquiriria derecho de agua, sino la que el otro quisiese darle de merced?

63 El texto Capital de la materia es la *Ley si partem* 25. ff. de servit. rusti. Prad. Los AA. que lo tratan son Marco Ant. Sabelli. § aqua n. 7. Bondeno Docum 4. à n. 1. Card. Mantica de tac. § amb. conv. Lib. 1. tit. 16. n. 7. Card. de Luca tom. 7. de empt. disc. 34. Pechio. Cap. 3 quest. 18. y mejor que todos por que à todos los recoge Gobio tract. de aquis. quest. 20. per totam, entre quienes la conclusion cierta es, que si las aguas se tienen por derecho real del mismo fundo, pasan con la misma venta en prorrata, desuerte que vendida parte del fundo, se vende tambien parte del agua: pero si se tenga como derecho personal, porque el dueño haya comprado ciertas onzas de agua, subdistingue Gobio en el lugar citado; por que ó esse derecho de agua personal lo podia verificar en otro, ó lo havia de verificar en este por necesidad natural: en el primer caso, resuelve, que no se transfiera, pero en el segundo se entiende tambien vendido en prorrata.

64 De aqui resulta concluyentemente que pues la agua de estos Puquios no es capaz de aprovecharse en otras tierras que en estos dos Valles, aun quando fuese derecho personal, y no real como lo es defacto, el dueño que vendiese ambas partes havia vendido con ellas las aguas en prorrata.

65 Esto mismo que sucediera en la venta de vn particular, es lo que sucedió en la donacion que hizo el Rey, ó en su nombre los Pobladores, porque siendo de vn Dominio todas estas tierras, con todas esas aguas, el mismo hecho de destinarlas, y dividir las, y el mismo hecho de vender los excessos en las composiciones posteriores, fue asignar, repartir, y vender, las aguas en la debida proporcion; y por que no se note diferencia entre la adquisicion lucrativa, y la onerosa es expresa la Doctrina de el mismo Gobio al n. 20. quando los fundos se dividen por legado, ó por herencia, donde enseña, se debe proceder del mismo modo que en la venta.

Ton-

Tonduto Sanleger tom. 1. resol. civ. Cap. 48. n. 12. pone por conclusion, que la concessión que haze el Principe *ducendi aquam*, se entiende sin perjuicio de tercero, y en el n. 13. añade, *Tamen hoc intelligendum est de tercio, qui habet jus antierius, nempe acquisitum ante concessionem: quia juri iam tertio quesito derogasse non cencetur*: Cita para su Doctrina á *Surdo, Ciriaco, y Cepola*: y es concordante *Antunez ad. Cap. 4. n. 31.* y esta explicacion es importantísima al caso presente, para penetrar qual sería la aplicacion de estas aguas en su origen. Por que como los AA. de Don Jacinto no tubiesen derecho adquirido antes de la Poblacion, y en ella quando todo estaba en el Dominio de el Rey, se repartieron en su nombre las Haziendas, y por consiguiente con agua, como previene la Ley 1. de las Poblaciones, no haviendo otra agua que esta, vino tambien ella en el repartimiento sin perjuicio de tercero; pues haviendo adquirido todos el derecho en vn mismo acto, no se le pudo hazer perjuicio al que no lo tubo anterior, y total.

Y si nos ponemos en el conflicto del repartimiento no se puede ofrecer duda; por que si los AA. de Don Jacinto quando les hizieron los dos repartimientos de à 40. hubieran preguntado si les daban tambien todas las aguas de los Puquios, les responderían, que no; y el mismo hecho de constituir otros siete repartimientos inferiores en Chancaillo, fuera de las tierras de Indios, á quienes por la Ley 18. tit. 7. L. 4. está mandado se les den todas con agua, es vn testimonio claro de que se exepuaron los Puquios, caso negado que alli naciesen; y si tal pretension hubieran tenido estos AA. de Jequan fuera tan imprudente como la que se dirigiera à extinguir todos los Predios inferiores, pues tanto vale quitarles el derecho de agua como el destruirlas de fundos.

El citado *Tonduto ubi supra en el n. 14.* enseña que despues de concedidas las aguas por el Principe à vn privado, si acaso ay en ellas tobra para lo que el concesionario necesita, puede bolver à hazer segunda merced, sin embargo del derecho adquirido, por que nunca ay adquisición de todas las aguas en lo exuberante: y estas lo son tanto respecto de Jequan, que afirma Don Jacinto, que con solo sus desagues abundan las Haziendas de Chancaillo: de que se infiere que su pretension es immoderada, y que no quiere para sus tierras riegos, si no Aluviones; que tanto es menester, para que vna Hazienda triplicadamente mayor riegue sin etçæes con solo

(456.)

solo sus desagues. Y en efecto que viene à ser vn Aluvion perjudicialísimo à Chancaillo, por que cayendo sus desagues á los Puquios, con la vehemencia de la multitud de agua, y lo colgado de las tierras, introduce barro por agua, con que á Don Lorenzo le ciega las aseQUIAS poniendolo en necesidad de tres limpias al año, y perder el tiempo de sembrar en las preparaciones de la sementera. Por lo qual le fuera de mucha utilidad el que virtiese los desagues à otra parte, y le dexase pura el agua, que le roca.

69

La Doctrina, de que las aguas son del dueño donde nazen, es buena para aquellos lugares donde los fundos se adquirieron, y han venido de vnos en otros, antes que hubiese soberanos: y tambien en nuestras Indias, para los Puquios que brotaren despues de los repartimientos, por que ya vienen como frutos despues de vna perfecta adquisicion; pero en los antiguos que ya eran descubiertos desde la gentilidad no tiene lugar. Y por esso reconocemos que en el Valle de Chancay el Puquio que nace en las tierras de Caqui, no sirve à este fundo, sino al inferior de Miraflores. Y en el Valle de Lurin, sirve à la Chacra de San Pedro, el que nace en el corazon de Buena-Vista, sin que à esta se le permita sacar vn riego de agua, por Sentencia declarada; no por otra razon si no por que en estos Puquios antiguos no se atiende al fuen- to, sino à la ereccion de las Haziendas, respecto de que asi las aguas como las tierras todo era del Rey, para quien no havia derecho de Origen, y propiedad, en otro tercero, que le limitase la facultad de disponer: y ya tiene confesado Don Jacinto, que en las Haziendas de Chancaillo no ay otra agua con que pudieran erigirse. Este juicio en el modo de aplicar estas Doctrinas, es conserniente à lo que enseña *Escalona L. 2. part. 2. Cap. 21. n. 1.* donde de las aguas de Indias, dize que las Fuentes, Veneros, y Manantiales, (de cuya especie son los Puquios) son en propiedad del Rey, como dueño de la tierra, en quanto no los vbiere concedido. La razon es clara, por que asi como el privado adquiere el derecho de las fuentes, por que brotan en las tierras que ya eran suyas, del mismo modo el Principe por sus tierras adquirió sus aguas: y no teniendo Don Jacinto concession de los Puquios, ni mas titulo para ellos, que el repartimiento de las tierras necesitadas à regarse con esta agua, que es el mismo titulo que tienen los de Chancaillo con siete repartimientos viles de sembradura, en que se constituyen por estos mismos Puquios,

G

se-

3541
segun son imposibles otros riegos à la naturaleza del lugar, no puede considerarse en Don Jacinto, particular concesion de la Agua, ni especial titulo; sino que así el titulo, como la concesion, fué vniversal á todos los inferiores.

70

Todas las cosas que son necessarias, y *sine quo non* se entienden comprehendidas así las donaciones, y legados, como en las ventas; porque nunca se entiende, que se vende, ó dona aquello, que es inutil para el vto de su natural destino, segun las Doctrinas que hemos traído al num. 63. y si se atiende à la causa final se haze evidente: porque en los repartimientos de Jequan en la poblacion, solo se trató de avezindar con el interez de estas tierras, à los primeros moradores, pero no fué la intencion el hazerlos Señores de las aguas; con que solo es visto concederles aquello que bastó para el fin de avezindarlos; cuyo motivo es el mismo que se verificó en las Haziendas de Chancaillo: desuerte, que siendo vno mesmo el acto, y vna mesma la causa final de la concesion, lo mismo que se transfirió à los Autores de Don Jacinto, se entiende conferido por identidad de razon, y por consequencia natural à los de Don Lorenzo.

71

Esta multitud de Haziendas en Chancaillo, y la imposibilidad de otra agua, funda tal derecho, que el *Emin. Luca* *disc.* 26. n. 6. dice, que si las aguas que nacen en el fundo *gen.* no, sirven para muchas Haziendas inferiores, no puede divertirlas, sino que se ha de proceder con la observancia: son sus palabras, *Cum sensu tamen veritatis dixi, decisionem pendere ab inspectione, & qualitate loci, & frequentia Prædiorum, quibus aquæ usus omnino necessarius sit. Si enim Prædiorum qualitas talis est, quod generaliter in ea Contrata ad dictos usus cum huius aquæ presupposito constructa sit, ita ut de præjudicio ageretur plurium privatorum in ea bona possidentium præterita observantia satis deferendum est.* La fundacion de Jequan fué de vn fundo, pero la de Chancaillo de siete; con que si huviesen repartido à Jequan toda el agua, huvieran hecho en la fundacion por vn particular vna pluralidad de perjuicios, quando esta agua como vnica es de necesidad omnimoda, como lo pide este Author, para que se entienda, que con este derecho se erigieron; en cuyo caso no tiene lugar el dominio del origen, en sentir del *Card.*

72

De todo este Discurso se concluye, que las aguas de estos Puquios, fueron transferidas por el Rey, y en su nombre à todas las Haziendas, que con ellas, y no con otras, pudieron

dieran erigirse, y que Don Jacinto no puede oponerle, aun quando naciesen en sus tierras, porque en esta forma las adquirió, y no tuvo derecho adquirido antes que los demás que lo adquirieron de vn mismo principio, y por vna misma causa; siendo la Concesion del Soberano, la fuente de todos los Derechos, contra quien no puede vsar Don Jacinto de otras facultades, ni imponerle otras limitaciones.

73 Si llegamos á los tiempos mas modernos, quando Doña Maria Renjifo, dueño de Chancailló, lo fué tambien de Jequan, segun lo que notamos en el supuesto del n. 3. es terminante la Doctrina del *Cardenal de Luca, en el citado discurso 34. de Empt. & vend.* donde demuestra, que vendida parte del fundo en despues que por la vnion del Dominio, se comunicaron todas las aguas en todas las tierras, se entiende, retenida toda la que corresponde á proporcion; y lo mismo repite en el *discurso 29. de Servitutib. à n. 9.* afirmando que nunca se presume que el que concede, ó transfiere el agua, de aquella con que se quedara en seco, con la *Ley Preses Cod. de servitutib.* de que se infiere vno de dos extremos, ó que Chancaillo tenia fuera de la de Jequan, agua propia con que se quedó la Renjifo despues de la enagenacion, ó que en la venta exceptuo aquella agua que era necesaria para el beneficio de Chancaillo.

74 Aun es mas fuerte el Argumento, si se atiende á las circunstancias que llevamos, en el supuesto de el num. 3. conviene á saber, que esta venta de Jequan, la hizo en 24. 800. ps. á cento, y para donarselo á San Augustin; y no es creible que por vn precio de tan poco momento, y para vn destino de mera liberalidad, enagenate todas las aguas, y que quisiese hazer tan abundante al vecino, quedandose sin el derecho de vna gota de agua para aquel fundo, en que librava todo su vivir, y que havia de beneficiar, determinandose á padecer aquella dureza, y crueldad de secarse á vista de otros que se alegravan con sus aguas; de que haze memoria el *Cardenal de Luca ubi sup. n. 9.*

75 Conociendo Don Jacinto lo solido de este fundamento, recurre á que el Puquio no nace en este Jequan de Doña Maria Renjifo, sino en el otro que era de Don Pedro Santillan, y con esto confessando la Doctrina, se juzga asegurado de su aplicacion; pero cou sus mismos Titulos se le hará demostrable, que en el Jequan de Santillan, no tienen parte los Puquios, y que si alguno se halla proximo al origen es, Para el Jequan de la Renjifo.

1824
76

Para inteligencia, y composicion de lugar, se debe suponer, que los dos Jequan es vn giron de tierras, que corre entre la Asequia del Puquio, que le divide del Potrero de Retes, y los Zerros de Jequan por el otro costado: por la cabecera, ó parte superior lindan con la Chácura de Santo Domingo, que fue de Juan Serrano de Henao, y por los pies ó parte inferior con Chancaillo; de suerte que Chancaillo y Juan Serrano de Henao hazen los pies y la cabeza, y la asequia del Puquio y los Zerros los costados: como se verá en el Mappa, y se dize en los titulos de Don Jacinto á fox. 67.

77

Esto supuesto en la misma mensura de Don Jacinto á fox. 67. tenemos que el Puquio corre desde las tierras que fueron de Juan Serrano de Henao; con que sin duda corre el Puquio por Jequan desde el principio hasta el fin; de que se sigue, que de nazer en alguno de los dos, fuera en el superior, que linda con la cabecera de Juan Serrano de Henao, por que si naciera en el inferior que linda con Chancaillo no podia subir el agua, ni llegar el Puquio al superior: y así el puerto se reduce á examinar qual de los dos Jequanes es el inferior que linda con Chancaillo, y qual el superior que confina con Juan Serrano.

78

Para esto no es menester otra cosa sino la mensura que el Padre Valderrama hizo á Doña Maria Renjifo á fox. 60. del quaderno 2. que dice así: *y las quarenta fanegadas donde dizen Jequan, linda con la Chacra de Don Pedro Santillan, y por la otra parte con Juan Serrano de Henao, y por la otra con vn Puquio*: al contrario en la medida del Jequan de Santillan á fox. 35. de los de Don Jacinto se dice: *42. fanegadas en dos pedazos donde se dize Jequan y la Calera, que lindan con Doña Maria Renjifo y tierras de Chancaillo, el Zerre, y Puquio*; de suerte que como el Jequan de Santillan es el inferior, viene á ser el que linda con Chancaillo, dividiendolo del Jequan de la Renjifo, que es el superior; y por eso en su mensura se dize *que linda por arriba con Juan Serrano, y por abajo con Santillan*; pero el Jequan de Santillan *linda por arriba con la Renjifo, y por abajo con Chancaillo*. Convenciendose, que el Jequan de la Renjifo es el superior, y por consiguiente el primero donde entra el agua del Puquio por los términos de Juan Serrano de Henao; lo que no sucedería si acaso brotase el Puquio en el Jequan inferior confinante con Chancaillo.

79

Con esta mensura de fox. 35. quiere Don Jacinto fundar

dar el Dominio de los Puquios, por que en los linderos de este Jequan de Santillan se dize, *que linda por la vna parte con Chancaillo, y por la otra con el Puquio y cañaberales de Don Pedro Santillan*: de que se saca esta conſeſquencia: luego el Puquio era de Santillan.

80 Para reſponder a eſte diſcurſo es menester diſtinguir que en todos los Rios y fuentes ay cabeza, cuerpo, y pies, aunque todo ello ſe llama fuente, ò Rio: como advierte *Cepolla trat. 2. de ſervit. Cap. 31. num. 8. Leg. 1. § hac. Verſ. Caput ff. de Aqua quot.* La cabeza es el lugar de donde nazen; el cuerpo el cauze por donde corren; y los pies el lugar donde terminan; y con eſta diſtincion, ſi el Puquio ſe toma por aquella parte del cuerpo que haze la aſequia por donde baja dividiendo eſte Jequan del Potrero de Retes, es cierto que es ſuyo el Puquio, como lo ſon los cañaberales nacidos en las riberas, que ſon tierras de Santillan, ſegun las Doctrinas y textos que recoge *Antunez vbi ſup. num. 57.* y eſto es lo que quiere decir la mentura en aquellas palabras con el Puquio y cañaberales de Don Pedro Santillan; donde el Dominio apela ſobre los Cañaberales del Puquio, y no ſobre ſus aguas; y lo mas que puede pretender es, que le perteneca el Puquio en quanto à las tierras de la vna ribera, por que en quanto à la otra pretenze à Retes, que eſtà de la otra banda.

81 Eſte Dominio del cuerpo de los Rios, nadie lo aprecia para el Dominio de las aguas, por que de donde ſe toma es de la cabeza, en los terminos y caſos que hemos explicado en los numeros antecedentes ſobre el nacimiento de las aguas, como advierte *Cepola* en el lugar citado, y explicaremos mejor en el § ſiguiente, manifeſtando, que eſte paſar las aguas por las tierras no es Dominio, ſino ſervidumbre.

§ 2.

82 **A**unque las aguas de los Puquios fueſen pribadas por por nazer en tierras de Don Jacinto, no podìa divertir las en perjuicio de Don Lorenzo, ſino que debe dejarlas correr libremente para Chancaillo.

83 Los miſmos AA. que enſeñan ſer del privado las aguas que nazen en ſus tierras, ò las que ſe deriban de los fundos ſuperiores, luego que ſe introducen en las canales del vecino, y que por eſſo le eſ licito el divertir las en perjuicio del

inferior, traen inmediata la limitacion, de que no le es facultativo hazerlo, quando el escurrir las aguas, no es por condesendencia, sino por servidumbre; assi lo enseñan el mismo *Antunez Lib. 3. Cap. 4. num. 27. Lagunez dict. Cap. 5. num. 73.* y por todos los demas que estos citan, el *Cardenal de Luca de servit. discurs. 25. 26. 27. 29. 31. 33.* y lo mismo repite en quasi todos los discursos de este Libro, y en otros que hemos citado; en los quales pregunta con todos los demas AA. quando se entienda descender el agua por el natural peso, por condesendencia tacita, o por derecho de servidumbre: y el principal signo de la servidumbre es, quando la agua corre por canal hecha á mano en las tierras del vecino.

84

La obra hecha á mano no puede ser mayor que la fossa del mismo Puquio, que es todo el lindero de Don Jacinto; tan profunda que tiene quatro ó cinco baras en hondo; y esta obra no puede decir que es suya Don Jacinto, por que es de la antigüedad, y por donde los Indios de Chancaillo conducian el agua, como notamos en el num. 23. con la reflexión, de que esta fossa ni otra alguna, que estubiese en sus tierras le puede servir á Don Jacinto, porque fundo tiene dos inclinaciones; vna en longitud conforme al curso del Puquio, que corre por todo el costado, dividiendo sus tierras de las de Retes; y otra en latitud, porque como Jequan y la Calera son faldas de los Zerros, el costado del Puquio está profundo, y el otro de los Zerros elevado. De aqui naze, que para tener Don Jacinto todas sus tierras de sembrar debajo de la Asequia, ha menester sacar su toma de la madre del Puquio, montandola por la cabecera de sus tierras para la falda del Zerro, de donde deriba sus regaderas, que buelven á desaguar al Puquio: y assi toda aquella Asequia principal del Puquio, que deslinda sus tierras, desde la toma que está en la cabecera, hasta los terminos de Chancaillo, es inutil á Don Jacinto, y solo es obra de Chancaillo, como se verá en el Mappa.

85

Para probar la existencia de la Canal no es menester otra cosa, que la misma diligencia de la Posesion de fox. 27. por que para darle á Don Lorenzo las aguas, consta que no se hizo otra diligencia que destapar la champeria con que en el origen, la tenía impedida Don Jacinto; y si no huviese tal Canal por donde quedò corriente, huviera sido necessario abrir la nueva en mas de vna legua, que ay desde las tomas á Chancaillo. Añadese, que el mismo Don Jacinto confiesa, que toda

da la agua de denoche la deja pafar para Chancaillo, y que por effo es abundante porque la aprovecha en el estanque. y en la pregunta 6. de interrogatorio à fox. 212. *que sus AA. han dejado correr à Chancaillo el agua de condesendencia; siendo el modo de permitirla el no sacarla del Puquio que corre como herido de Molino à Chancaillo*, luego siempre hubo Canal madre, por donde bajaba à Chancaillo toda el agua que no sacaba, ó por mejor decir, todo el Puquio es la Canal por donde bajan integras las aguas.

- 86 Otro modo de probar la servidumbre, ó (mejor diremos) de probar quien sea el dueño de la Asequia que se abrió en el fundo superior, es el limpiarla; por que la limpia es vna repetición de la obra, y vna apertura continuada: así lo enseñan *Lagunez ubi sup. n. 73. costa de facti scient. centur 2. dist. 1. num. 122. Gobio quest. 3. num. 27. ibi: item expurgatione diutina Albei per quem aqua ducitur, ea ratione quia expurgandi facultas cuicumque solam servitutem habenti competat. y Mascardo conclus. 123. num. 18. quale debeat esse hoc factum hominis ut servitutis acquisitionem inducat, nempe ut & vel quod inferior ingrederetur fundum superiorem, vel rivum purgasset*, y constando por toda la prueba de Don Lorenzo dada con los testigos instrumentales, que fueron los mismos que de la Hazienda de Chancaillo iban à limpiar el Puquio de la Calera en los acostumbrados tiempos, se haze demostrable, que no solo consta la inmemorial servidumbre (en caso de ser servidumbre) por la obra primera, sino tambien por la repetición annual de las mismas obras en el Puquio.

- 87 Dixose que sería servidumbre, si acaso lo podìa ser, porque rigorosamente hablando, este tránsito de las aguas por el lindero de la Calera y Jequan no es servidumbre; respecto de que para servir el predio superior en aqueducto del inferior, es menester que el agua se derive sobre tierras, que sean parte y porción del predio sirbiente; y el cause de estos Puquios no está comprehendido en los Dominios de la Calera y Jequan.

- 88 El modo de probar Don Jacinto su Dominio es porque en sus mensuras se ponen los Puquios por linderos entre sus tierras y las de Pedro de Bustos, que oy se llaman Retes; y este mismo hecho de ser lindero será mejor prueba de que no son suyos. Es Doctrina de *Falconerio* en el *Temo 3. de sus modernas decisiones titulo 35. decis. 2. num. 13. donde dice Confinia bona diversa sunt à confinatis: sita inconfine nequeunt*

queunt comprehendendi inconfinato, y con la *Ley cum servo adfin. de contra. empt. y la decision 229. al num. 12. Part. 14. de las recen.* saca por conclusion, que aquello que se nos pone en la mensura por confin, no es parte de la mensura, ni se comprende en ella, sino que antes se entiende excluido y referbado: de que se infiere concluyentemente, que lo mismo es decirse que las tierras de Don Jacinto lindan con el Puquio, que excluirse el Puquio del Dominio de Don Jacinto: como que ninguno confina con sigo mismo, y es menester distincion entre el confinante y confinado.

89

Todos estos requisitos para la constitucion de la servidumbre pertenecen a aquellos casos en que se quieren constituir para la mayor comodidad del predio inferior, pero no quando la servidumbre es *simpliciter necessaria*; por que entonces como enseña el *Cardenal de Luca de servit. disc. 27.n. 4.* al superior *offitio judicis* se le obliga á vender la servidumbre al inferior, por sola la necesidad, (como si fuese transito forso para el aqueducto) sin embargo de tener el superior Dominio absoluto y antecedente: de que se infiere, que haviendose donado las tierras de Chancaillo en la poblacion quando los AA. de Jequan no tenian derecho adquirido, y lo que es mas, hallarse constituida la servidumbre en el suelo desde el tiempo de la Gentilidad, donde havia de haver aqueductos para las poblaciones de Chancaillo, es consequente que como accesion necessaria á este Valle, de officio del Poblador se concedió juntamente con las tierras la servidumbre de Jequan y la Calera:

90

Y es la razon, porque los repartimientos fueron vnas adjudicaciones plenas, perfectas y absolutas, y no havia de ser el animo del Poblador ni del Principe, poner las mercedes de muchos pendientes de la voluntad de vno, que quisiese dar, ó no, el transito para el aqueducto; que es lo mismo que declaró la citada *Ley II. tit. 17. Lib. 4.* mandando que rieguen todos sucesivamente de vno en otro, pena de que se les cierren las tomas, y que rieguen como regaban los

Indios: que es lo mismo que entablar vna servidumbre perpetua en lo sucesivo, y confirmar las mismas

servidumbres que obserbaron los Indios, como derechos que les dictó, ó la necesidad,

ó la razon entre las sombras
de su barbaridad.

91 **L** Os Puquios de este litigio no naçen en tierras de Don Jacinto.

92 Esto se prueba por tres Capítulos: el primero por los títulos, el segundo por los testigos de Don Jacinto. Y el tercero por su misma confesión.

93 Por los títulos, en todas las menfuras de Don Jacinto consta, que el Puquio es el que deslinda todas sus tierras del Potrero de Retes, y parte del de Guando: luego no nace dentro de sus tierras; porque para nacer en ellas era menester que las tierras circundáßen al Puquio; así como se dize, que la muger circunda à quien de ella naçe; y para deslindar es menester al contrario, que el Puquio circunde à las tierras; y por sí mesmo es notorio, que para naçer entro de las tierras, era menester, que de vna vanda y otra fuesßen las de Don Jacinto.

94 Los testigos han de ser los mismos de Don Jacinto, porque aunque los de Don Lorenzo todos dicen que los Puquios naçen en tierras de Retes, y en los Potreros de Retes, Olguin y Gonzalo, no necesita valerse de sus dichos, quando tiene todos los de Don Jacinto à la tercera y quinta pregunta de su interrogatorio, donde dicen, que con la continuacion de trajinar los Potreros superiores à la Hazienda de Jequan (que son los de Retes Guando, Olguin, y Gonzalo) han visto las aguas que de ellos se originan, y descienden para Jequan y la Calera; y confetando Don Jacinto à fox. 53. pregunta 3. que sus tierras tolo alcanzan frontero del Potrero de Guando, porque así parte de este, como los de Olguin y Gonzalo están superiores en mucha distancia, se combence por sus mesmos testigos, que desde muy arriba vienen ya las aguas descubiertas y nacidas, como que no se pueden ver correr por la superficie de la tierra antes de aver naçido.

95 Aquí perteneze el lugar de *Ulpiano* en la Ley 1. § Caput 8. ff. de aqua quot. donde explica qual se llame cabeza, origen, y nacimiento de Puquios, *ibi: Caput aquæ illud est unde aqua nascitur, si ex fonte nascatur ipse fons, plane si aqua sudoribus manando in aliquem primum locum estuere, atque ibi apparere incipit eius hoc caput dicemus ubi primum emergit,* con que si los testigos de Don Jacinto afirman, que han visto las aguas dentro de los Potreros, allí es el nacimiento;

I

porque

(1024)

por que *ibi apparare incipit ubi primum emerguit.*

96

Conociendo Don Jacinto esta verdad recurre á vn termino equivoco, con que paliar las declaraciones; y para ello articula en la quinta pregunta- *si saben que los Puquios se forman en las tierras de Jequan, y la Calera;* y esto (que no quiere decir otra cosa, sino que las aguas que vienen descubiertas y nacidas de los Potreros superiores, se recojen en la fossa, que deslinda sus tierras, y baja en derecho á Chancaillo) se pone con este disimulo, para que esto de *formarse los Puquios*, tuene en los testigos á lo mesmo que *nacer los Puquios*: y aunque este engaño se logro en algunos de ellos, pero otros, que incautamente se pegaron á la verdad, no lo dicen que nacen en los Potreros si no que alli se forman, y formados bajan á la Calera y Jequan; como se reconose en Francisco Hurtado á fox. 249. *ibi: que le consta por haberlo visto y entrado muchas vezes al Potrero de Retes; que las aguas se originan de otras Haziendas superiores, como son Retes, Garcia Alonzo Guando, y Muñis, pero se hazen y forman dichos Puquios en tierras de la Calera: digo del Potrero de Retes, y assi formados salen á las tierras de la Calera el vno, y el otro para las tierras de Jequan: prosiguiendo ambos para Chancaillo.* Note se lo primero, la enmienda; porque haviedo dicho incautamente, que se formaban en la Calera, lo corrige desviandose de la pregunta, y dice que *en Retes es donde se forman ambos, y que formados bajan por la Calera, y Jequan prosiguiendo para Chancaillo* (para q se vea si ay folsa antigua de servidumbre) Lo mismo repiten Jacinto de Torres, á fox. 263. y Alencio de Zarate, á fox. 280. y concuerdan todos por expresion, ó inferencia del modo con que lo declaran:

97

Por declaracion de Don Jacinto consta vltimamente á fox. 53. á la primera pregunta; (que importa mas que todos los titulos y todos los testigos juntos) pues preguntado alli Don Jacinto si es cierto que los Puquios nazen en los Potreros de Olguin y Gonzalo, responde assi *que no sabe con certidumbre si nazen los Puquios en los Potreros de Olguin y Gonzalo, por no haver transitado esse lugar*: si Don Jacinto supiese que los Puquios nacieran en sus tierras, supiera que no nacieran en dichos Potreros; sin que para esto fuesse necesario haverlos transitado, porque de vna madre pueden nacer muchos hijos, pero vn hijo no puede nacer de dos ma-

dres:

dres: y para conocer que el hijo de Ticia no pudo nacer de Berta, no es menester que yo conosca à Berta, y me sobra saber que nació de Ticia.

98 Profigue Don Jacinto en su veridica declaracion y dice, *que siendo los desagues de las Haziendas altas, naturalmente han de passar por dichos Potrerós à la Asequia y Puquio del declarante; de donde saca el agua para regar la Calera.* Note-se lo primero: aquella geminacion de palabras: *à la Asequia, y Puquio*; en que se vê claramente, que el cause y Asequia por donde corre el Puquio es lo que entiende por su Puquio; porque en los terminos de la Calera no ay, ni ha havido Puquio que brota, sino recipiente del raudal, que viene ya formado desde atras.

99 Note-se assi mesmo aquel *de donde saca agua*, que no quiere decir otra cosa, si no que tiene vna toma hija de la madre comun; y es lo mismo que parece de la diligencia de fox. 27. en que consta que se *destapò la toma*: y á fox. 44. dice, *que no ha mudado la toma*; de que se infiere, que el dicho Don Jacinto no es mas de vn porcionero, porque si toda la Asequia fuese suya, la que se llama Toma fuera regadera de la propia Asequia, y la Toma fuera todo el recipiente, ó canal madre del Puquio; con que el suponer que saca de alli agua por su toma particular, es decir, que ay otro con quien entre en particion.

100 Note-se tambien, aquel *de donde saca para la Calera*, que funda por inevitable consecuencia, luego està Asequia que llama Puquio de donde saca el agua para la Calera, està fuera de ella; porque es preciso, que en el movimiento de lugar quando se passa vna cosa de vn sitio à otro, el termino *à quo* sea distante del termino *ad quem*: y por consiguiente el vno no puede contener al otro: y viene la materia à quedar en terminos de que la agua baja desde sus origenes por el costado de Jequan y la Calera, á quienes deslinda del Potrero de Retes; de suerte que ni naçe ni entra en tierras de Don Jacinto, sino es la que introduce y lleva por sus tomas; porque toda la demas que corre por el Puquio en vià recta, solo le toca por defuera humedeciendole el costado, en que termina su Dominio, quando le deslinda.

Asi queda convencido por su declaracion; assi lo expresan sus testigos y titulos; assi lo demuestra el Mappa; y assi se halla en la vista de ojos, que hizo el Juez de aguas el año de 635. donde haze distincion de los Puquios como madres,

(121)
dres, y de las Azequias de Jequan y la Calera como Tomas-y así se hallará si se pasasen à reconocer: quedando D. Lorenzo tan constante en este hecho, que si vistos los Puquios se hallase, no solo que naçen si no que pasan por dentro del fundo de Don Jacinto, sin embargo de que nada de esto le daba derecho al todo de las aguas, (como se ha alegado) convendrá llanamente en que lo lleve D. Jacinto.

101

Ni es menor convencimiento el que se toma de la extraccion, que ha hecho de ocho riegos de agua de estos Puquios la Hazienda de Retes, para su Potrero; sobre que Don Jacinto sigue pleito en el Gobierno, como declara à fox. 44. pues siendo el Potrero Hazienda superior de donde dice Don Jacinto que bajan las aguas à los Puquios à fox. 84. 2. pregunta, si los Puquios no estuviesen ya formados en el mismo Potrero, no se pudiera verificar que sacaba los ocho riegos de alguno de los Puquios; siendo notorio que el agua no se saca de abajo para arriba; y no pudiendose dudar de la extraccion que se haze del mismo Puquio, es preciso confesar que este naçe en la parte alta, esto es el Potrero de Retes; y es la razon, porque si en aquel Potrero solo se hallaran las venas por donde corrian las aguas para el Puquio pudiera el dueño de Retes cortarlas, hazer fossas, y formar Puquio, sin injuria de los inferiores; segun las Doctrinas del Señor *Lagunéz dict. Cap. 5. num. 30.* y es expressa la Ley *si in meo 21. ff. de aqua Plub. ibi: si in meo aqua erumpat quæ ex tuo fundo venas habeat si eas venas incideris & ob id defuerit ad me aqua pervenire tu non vederis vim fecisse:* y así para tener Don Jacinto algun derecho contra Retes es menester, que recurra á que naciendo en su Potrero esta agua, se halla destinada en la ereccion de las Haziendas á Jequan; y se conoce el mal, medio con que aqui litiga, pues á Retes, en cuyo territorio nacen los Puquios, le niega el derecho a la agua; y con este mismo titulo quiere apropiarsela, quando en Don Jacinto es falso, y en Retes verdadero.

102

Quiere hazer vn convencimiento de que las aguas nacen dentro de sus tierras por confesion propia de Don Lorenzo en el escripto de fox. 67. donde se dice *porque el vno de los Puquios llamado de Retes surte este nombre de la Hazienda de Retes (superior à la de Jequan) en cuyas tierras nace:* y con esto clama Don Jacinto: luego nace en tierras de Jequan; pero quien entiende los Parentesis, sacará la consecuencia contraria, luego naçe en Retes. Todo este escripto
cripto

cripto se dirige à explicar los sitios para concluir que los Puquios no nacen en lugar propio de Don Jacinto, y quien lo notó no es tan resupino, que en el mismo conato de fundar vn extremo, consiese de plano lo contrario; *non adeo obtusa gestamus pectora Pæni.*

103

Visto así como las aguas de estos Puquios no vienen de las tierras de Don Jacinto, y que al correr por los linderos ya les tocan por defuera, es constante, que ni pueden decirse fruto de esto fundos, porque de ellos no nacen; ni tampoco parte, ó quasi parte del fundo; porque solamente puede llamarse el agua parte del fundo, en quanto es contenida y sustentada por el mismo fundo, como los Arboles, y todo o demas anexo al suelo, quien no puede tener partes fuera de su terminacion, que es aquella vltima superficie de tierra que forma el cause de los Puquios: y fundandose todas las Doctrinas de *Antunez, Lagunez, Giurba, Luca*, y todos los demas, q tenemos referidos desde el num. 50 á favor de Don Jacinto, en que las aguas que entran en el predio de vn particular ó son frutos si nacen, ó son partes si entran, se tiene convencido en los terminos generales del derecho comun que aunquando no hubiese la servidumbre necesaria, ni la que introduce el derecho de Indias con el mismo repartimiento de las tierras, por solo el repartimiento de estas aguas eran exseptuadas del Dominio de Don Jacinto, si no es en aquella parte que corresponde á la menura de su fundo.

PUNTO 2.

104

L As Haziendas de Chancaillo han estado en posesion de la agua de estos Puquios, desde tiempo imemorial.

FUNDAMENTOS.

105

NO toda ocupacion es posesion legal: distingue se esta de aquella como especie del genero, que en la detencion y posesion reconoce dos especies subalternas: llamase detencion la que es ocupacion sin titulo, y posesion la que es justificada: aquella es toda de hecho, pero esta es de hecho y de derecho: de aqui resulta, que en los juicios sumarísimos posesorios, á distincion de los posesorios ordinarios, ó plenarios, basta examinar el nudo facto de la ocupacion, sin tratarse de su justicia, ó injusticia; porque entonces

K

ces

(1821)
ces passará à ter ordinario, y plenario posefforio, como notamos con *Juan Bapt. Costa*, y mejor entena *Postio de Manut. Obserbat.* 42. num. 102. *suppositis antecedent. num. observ.* 77. num. 3. *observ.* 78. num. 8. y pues estamos en el posefforio ordinario con toda la plenitud de titulos, pruebas, y alegatos, es operacion forzosa convencer no solo la ocupacion en el facto, si no tambien lo civil en el titulo.

106

En quanto al facto, consta que estas Haziendas de Chancaillo desde la fundacion eran Haziendas vtiles, sembrables, vendidas, y poseidas como tales, segun parece de tododas las Escripturas, en que se venden con sus derechos de agua, sin que jamas haya havido litigio, de que consta que tenian el agua necesaria; y pues no ay otra que la de los Puquios, es demonstrable que poseyeron esta: Y para que no se sentierda ser los desagues, consta en la vista de ojos hecha por el Juez el año de 635. que de los Puquios sacaba el administrador de Jequan mas de la mitad, por cuyo exeso se quejaron los de Chancaillo; luego la otra mitad no la sacaba, y por consiguiente corriá con liberrad como cuerpo de agua principal, y no sobrado en desagues.

107

Consta assi mismo que á Chancaillo se le puso en posesion de todo el Puquio de la Calera, sobre aquella tal qual parte, que defendiá por el otro Puquio; y no consta que los dueños de Jequan reclamasen para que se reformase esta determinacion; antes si se debe presumir se conformaron, y que pidieron como titulo el testimonio de la determinacion; como se reconoce en el presentado; que no se dió à pedimento de los de Chancaillo, si no del mismo administrador de Jequan.

108

Ni debemos entender ó presumir que los de Chancaillo voluntariamente se abstendrían de las aguas, o permitirían, que se las llevasen en Jequan; porque quien se presenta pidiendo el aumento no puede juzgarse que voluntariamente pierde el todo, y que sin motivo de coaccion abandone el agua, que es toda la substancia de los fundos segun los principios de la *Ley 25. Vers. sin vero. de Prob.* y mejor la *Ley cum fundum 18. de vi & vi armata: ibi: quia nemo eo animo est ut possessionem amitet*, mayormente quando no ay cosa que lo persuada; antes si es manifesto, que continuó la posesion por las consideraciones siguientes.

109

La primera, porque el mismo Don Jacinto confiesa à fox. 45. en la quinta pregunta que hasta el año de 36. que entró

entrò en su Hazienda, los arrendatarios no havian cogido mas de quatro ó cinco mil fanegas; y aqui la reflexion. Para cojer 4y. ó 5y. fanegas es menester sembrar la mitad, que para cojer 8y. ó 10y. fanegas; y sembrando la mitad es tambien configuiente regar con la mitad de lo que pide el todo: luego si hasta el año de 36. no se havian cogido 10y. fanegas (como el año primero del pleito las cogio Don Jacinto) si no de 4. à 5y. que es menos de la mitad de sementera; hasta dicho año sacarian menos de la mitad del agua: y confesando Don Jacinto en la misma declaracion á la tercera pregunta, *que todo lo que no saca del Puquio va como berido de Molino para Chancaillo*, es configuiente por su mesma confesion; que mas de la mitad del agua, sin entrar en sus tomas, se iba Puquio abajo acia Chancaillo.

II O

Sus testigos lo estàn manifestando en lo que declaran á la pregunta sexta en que expresan todos, que han visto pasar las aguas para Chancaillo; sin que haya havido jamas pleito sobre ello; aunque lo atribuyen á condesendencia de Don Jacinto: y no es menester llegar á los testigos quando es expresse la misma pregunta sexta à fox. 212. *ibi: si saben que Don Jacinto y sus AA. voluntariamente han condesendido en que las aguas de dichos Puquios que no les han sido necesarias corran, y desciendan á la Hazienda de Chancaillo sin que haya avido contienda ni pleito.* Esta Posicion supone el facto de el transito de las aguas, y pregunta la voluntariedad y condesendencia; pero los testigos declaran haver visto la condesendencia; y el transito de las aguas: mas con esta diferencia; que en quanto al facto se les debe creer, porque esso se vee con los ojos; y no ay ni ojos, ni antojos para vee la condesendencia; porque esto pertenece á otra especie de prueba, de que se dirá despues: y por aora queda asentado que desde el orgien de las Haziendas estuvieron las de Chancaillo en posesion del facto de sacar sus aguas de los Puquios, sin que jamas lo hayan impedido los de Jequan, ni extrajudicialmente con fuerza, ni judicialmente con pleito; y esto por la misma confesion de Don Jacinto.

III

Visto assi el facto de la ocupacion, passemos á examinar en el punto de derecho si este haverse llevado las aguas ha sido posesion civil. El titulo aparece de todo lo que bñ fundado en el Punto de la propiedad, y aun la mesma posesion dada judicialmente por el Juez de aguas, y continuada en tantos años á ciencia y paciencia de los dueños de Jequan,

(234)

quan, sobran para hazer titulo; y aun el ser hazendados tan-
folamente bastaba para ser titulo de alguna agua; con que por
lo que haze al titulo no puede dudarte ser posesion civil.

112 En lo que de contrario se pone dificultad es en que es-
te curso de aguas es materia de condesendencia; porque en
las cosas de mera facultad no ay posesion: es pleno para
ello, el lugar de *Postio. obs. 53. per totam., Pignatell. tom. 5.*
Cap. 5. num. 78. Cortiad. dec. 16. num. 74. y esto lo prueba,
porque los Puquios naçen en sus tierras y porque así lo di-
cen sus testigos. En quanto à que naçen en sus tierras està
combencido de falso, con lo que se ha fundado desde el
num. 91 con que solo nos restan los testigos.

113 La condesendencia y voluntariedad son cosas del ani-
mo, y no pueden verse sino se reducen à signos externos;
por esso los testigos quando dicen que han visto pasar el agua
de condesendencia, dicen han visto lo que no se puede veer,
conviene à saber, està voluntariedad, que es concepto de ani-
mo; y no solo concepto de animo, sino concepto de dere-
cho; porque no se puede decir, que condesciendo el que no
impide, si no el que no quiere impedir teniendo facultad pa-
ra ello; y así la condesendencia viene à ser vn compuesto
de hecho, de derecho, y de animo: el hecho es la materia
consentida, el derecho es la facultad legitima de impedirlo,
y el animo es el concepto libre de tolerarlo; Que entende-
ran pues de estos conceptos necesarios para la penetracion de
lo que afirman veinte ó treinta Indios peones de requas,
que no harán poco en saber que son Christianos? y aunque
entre el Padre Nabarro, pues no es de su profesion, y se vee
quanto ignora afirmando que viò, que las aguas corrian de
condesendencia.

114 La Doctrina de *Baldo in Cap. cum causam detestih. num.*
53. era terminante à estos testigos, porque allí enseña que el
que testifica aver visto cantar, nada prueba; porque el canto
aunque se vee con los oidos, no se oye con los ojos; y la
condesendencia por lo que tiene de animo, y de derecho, es
otro cantar tan elevado, que los rusticos no tienen sentido
alguno con que percibirlo.

115 Para las cosas que consisten en el animo es expresa la
Doctrina de *Mascardo Concl. 828. num. 2.* y para las cosas
que consisten en derecho, es terminante la *Conclus. 1207. n.*
14. donde asienta, que quando las posiciones contienen parte
ò qualidad de Derecho no se aprecia el dicho del testigo; y
pone

pone el exemplo en la posesion, donde los testigos solo hazen feè en quanto al hecho de la ocupacion, que es la que se percibe por los sentidos, y no el animo del poseedor; ni la qualidad de essa misma posesion; y por esto el mismo Mascardo en la *Conclus.* 430. num. 4. requiere para probar la costumbre, (si no consta que el testigo sea perito) el que haya de dar razon de lo que entiende por costumbre; y en la *Conclus.* 1376. à num. 9. estrecha la opinion diciendo, *testes deponentes de consuetudine debent etiam non interrogati dicti sui rationem reddere, quia effectus consuetudinis consistit in jure quod est incorporale & sensibus non perceptibile.*

II6 No es menos incomprehenfible à los rusticos la costumbre, en quanto se distingue de la transgression, y abuto, que lo es la ocupacion, por facultad, ò por derecho y servidumbre; porque ni vna ni otra se distinguen por los factos, y para distinguirlos es menester el discernimiento de derechos.

II7 Por esso los AA. tienen prevenido el modo de probar las dos qualidades de servidumbre, ó facultad; porque como enseña Lagunez *vbi sup.* num. 55. el Cardenal de Luca de *servit. discurs.* 31. num. 3. *discurs.* 34. num. 4. & 35. num. 11. si se probare, que queriendo el superior divertir las aguas se le impidiò por el inferior, entonces se presume este, poseedor por servidumbre ó por Dominio: de que se infiere al contrario que la condescendencia ó derecho de facultad se pruebe por la paciencia del inferior, en caso que divirtiendole las aguas el superior no se le impidiere segun *Postio de Manut. obs.* 40. num. 30.

II8 Esto era lo que havian de declarar los testigos como razon de sus dichos; porque el que no haya avido pleito como articula Don Jacinto, y declaran los suyos, solo prueba que los AA. de Jequan no han perturbado à los de Chancaillo, ni han querido usurparle las aguas hasta Don Jacinto; y aunque añaden que ha gozado las aguas sin limitacion, es vna expresion agena de la verdad, que confiesa Don Jacinto; porque diciendo este à fox. 45. que por negligencia de los antecessores hasta el año de 36. no se cogian mas de 50. fanegas, el mismo limite de la siembra era limitacion de las aguas.

II9 Hagome cargo (porque se alegrará de contrario) de las Doctrinas de estos mismos AA. que dizen, que la condescendencia del dueño se presume, y que el derecho de servidum-

1485
dumbre debe probarse; respecto de que las aguas baxan por natural decurso, en fuerza del proprio peso, y de la inclinacion de las tierras; pero aunque es cierta la Doctrina carece de aplicacion; respecto de que estas proceden quando en el superior es cierto el Dominio de las aguas, y el inferior alega la prescripcion para continuar el llevarlas; porque entonces teniendo el superior fundada su intencion en el Dominio, el inferior que pretende con la prescripcion, y titulo de fervidumbre debe probarlo; pero quando lo que se comienza à litigar es el mismo Dominio, y quiere quitarle al inferior las aguas contra la possession, del mismo modo que debe justificar el Dominio con el titulo, debe tambien mostrar la condescendencia, para que la possession no le obste:

120

Los exemplos conque se funda la doctrina, de que no ay possession en materias de mera facultad, darán la mejor comprobacion à este discurso. Quien con mas dignidad ha disputado la question, es *Postio observ.* 53. num. 2. Allí pone por conclusion, que de todas aquellas cosas, que se hazen por permiso, facultad, gracia, ó condescendencia, no se adquiere derecho, ni possession; para lo qual procede con varios exemplos en los *numeros siguientes, hasta el 28.* donde dice, que en estos actos de facultad para adquirirle possession, debe probarse la paciencia despues de la prohibicion; y para entender la doctrina, es preciso traer à la memoria los exemplos de que usa en su comprobacion. El primero que propone al num. 3. es, del Hosped, que recibido en casa del Amigo, por mas que corra el tiempo, no le presta possession del hospicio. El segundo al num. 6. de aquel a quien se le permite cortar en Monte ageno, ó sacar agua de la Cisterna del vecino. El tercero al num. 9. del Uicario nombrado por voluntad del Obispo, el qual por el exercicio de muchos años, no puede precisar al Superior à que le conferbe.

121

En todos estos casos se supone vna cosa, y se pregunta otra; se supone, que el hospicio, es mera facultad del Dueño; el permiso de sacar agua, y cortar leña, es liberalidad del vecino: y ultimamente, mera voluntad del Obispo, el nombramiento del Vicario; y supuesta la gracia del principio, lo que se pregunta es, si la continuacion de esse permiso, funde derecho de possession; y en estos terminos, procede la sentencia negativa en tal forma, que si no se supiera como cierto, que la materia era de mera facultad, y sobre ello se moviese alguna tal qual presumpcion, entonces abria possession,

son, y no se pudiera negar el decreto de *manutenendo*, segun los mismos AA. y especialmente *Postio* en el num. 16. ibi: *intellige tamen ut tunc in facultatibus non sit danda manutentio quando conflatur clare materiam esse facultativam, alias sub pre-textu materiae facultativae non est manutentio deneganda*: y elto mismo asienta el Cardenal de Luca *discurs.* 32. n. 5. y mas al intento *discurs.* 31. n. 7. ibi: *tum quia ubi agitur de possessione longissimi temporis illa in hoc possessorio, etiam in facultatibus videtur manutenibilis ob possibilitatem justificandi titulum, & excludendi facultatem in petitorio*. Notele aquel *ob possibilitatem* con que cierra este discurso, despues de haver traído por general doctrina, que en lo facultativo no ay posesion: como que dixese siendo la materia de facultad notoria, no ay manutencion, sino es que se pruebe la prohibicion, y la paciencia; pero sino fuese notorio el que la materia es de facultad, porque se reconozca alguna posibilidad de justificar titulo en el petitorio, conque se destruya la facultad, entonces ay manutencion, y no tiene lugar en estos terminos el principio comun.

122 Y la razon consiste en que son pleytos muy diversos el litigar, si lo que principiò por facultad, y consta que es materia de mero permiso, se haya de continuar por derecho, ó quando la disputa se reduce á si la materia es, ó no, de mera facultad; del mismo modo, que son pleytos diversos, si en el caso de Ley, y notorio, se dé Apelacion ó si la materia sujeta es notoria, y caso de Ley expreso; y tan diversos que los AA. advierten esta diferencia para enseñar, que todas las vezes que se duda si el caso es notorio, y de Ley, se haya de conceder Apelacion, sin embargo de que contra la Ley y lo notorio no se admite.

123 Con esta distincion de pleytos, se entienden ya las doctrinas del Cardenal de Luca, Lagunez, Antunez, Giurba., y todos los demás que se traeràn de Contrario, para persuadir que el onus de probar, compete al fundo inferior; por que todos ellos hablan en el primer genero de pleytos, quando en el Superior se supone el absoluto Dominio de las aguas, que principiaron por mera facultad, y permiso à descender al inferior; y baxo de este supuesto, entra muy bien la doctrina, de que el inferior que alega posesion debe probar, respecto de que el otro tiene fundada su intencion en el Dominio que se le supone, y en la misma facultad de concederla.

Pero oy nos hallamos en otra especie de pleyto, en que lo primero que se duda: (si es que ay duda contra D.

Lo.

123
Lorenzo) es el Dominio de las aguas, y tan lejos está de suponerse en Don Jacinto la facultad, y dominio de las aguas, que antes en la primera parte queda convencida, irrefragablemente à favor de Don Lorenzo. En cuyos terminos, no tienen lugar las doctrinas, porque de otra suerte todos los que tienen fundos superiores, pudieran rebelarse contra los inferiores, valiendose de las doctrinas generales, de que todas las aguas que nacen, ò entran en vn fundo, puede contenerlas, y divertir las el Superior, mientras el inferior no probase la servidumbre, que destruye la condescendencia, y facultad.

124

Pero aun quando compitiera à Don Lorenzo la obligacion de esta prueba, la tiene dada por todos los medios que tienen prevenidos los AA. El primero es, por la Canal dispuesta en el mismo fundo superior, para conducir las aguas; y en este punto sobre lo que ya se ha fundado, es preciso hazer este dilegma, ò la Alequia que deslinda el Potrero de Retes (origen de las aguas) de las de Don Jacinto, por cuyos Linderos corre hasta Chancaillo, se considera en las mismas tierras de Don Jacinto; ò no; si lo primero, luego en estas tierras tiene Don Lorenzo el derecho de servidumbre, de que es instrumento, y testimonio la misma fosa que principia con las tierras de Don Jacinto, y aun superior à ellas. Si lo segundo, luego las aguas que escurren de los Potreros, y caen en la Alequia, que los deslinda con la Calera, y Jequan, no solo no nace, pero ni aun entra en tierras de Don Jacinto, sino que como él mismo confiesa á fox. 44. *toda cae como Canal de Molino, al Puquio que va para Chancaillo.*

125

El segundo modo de destruir la facultad, es la limpieza de los mismos conductos en el fundo superior, como lo ha hecho Don Lorenzo en la Calera, limpiando el Puquio desde su origen, como se ha fundado al num. 86. El tercero, se reduce à la paciencia del Superior, despues que queriendo divertir las aguas, fuè impedido por el inferior; de que tratan *Lagunez en el n. 55. Cardenal de Luca disert. 34. § 35. de servit.* y todos quantos han escrito de aguas, que fuera immenso el referirlos: y este modo de probar lo tiene calificado Don Lorenzo, porque el primer caso que puede averse à la noticia de que los Dueños de Jequan quisieron llevarle, no el todo, sino algo mas de la mitad, fuè el año de 635. y entonces consta, que los Dueños de Chancaillo, se presentaron ante el Juez para que los repusiese como se executo; y no consta, que los de Jequan huviesen hecho diligencia en adelante.

Consta

126

Consta así mismo, que en todos los años que corrieron hasta que entró Don Jacinto, ni hubo litigio, como él mismo confiesa; ni tampoco motivo para haverlo, respecto de que para 89. fan. le sobraba el agua propia, sin la de Chancaillo. Después que entró Don Jacinto, y puso por Administrador a Carlos de Roxas su hijo, atravesó el Puquio para entrarlo en sus tierras; y tentada la falta en Chancaillo, pasó Don Joseph Aparicio, Padre de Don Lorenzo, y avien- dose indignado, para satisfacerle el dicho Carlos, le descalzó y entró en el Puquio para desfogarlo: cuyo hecho aunque no se ha podido probar con testigos, por no haver concurrido otra persona, consta suficientemente para el concepto de un Tribunal Superior, donde son mas extensos los arbitrios, y se conocen de mejor modo las verdades; porque aviendo- se mandado, que el dicho Carlos hijo de Don Jacinto, declara- se sobre la verdad de este hecho á fox. 296. respondió; *que él no podia hazer tal declaracion; y que aunque lo mataran, y apremiaran poniendolo en a carcel, no lo avia de hazer, porque no queria cuentos con Don Jacinto*; que fué lo mismo que con- fesar todo el suceso; porque de ser supuesto, y negarlo en la declaracion, no podia haver cuentos que temer, y solo po- dian resultar de Confesar. Este es un modo de decir la ver- dad, más recomendable que la misma confesion; porque de- clarando, podria su Padre redarguirlo de falso, y de hijo a- partado de la veneracion Paterna; pero la resistencia en de- clarar no fué otra cosa, que confesarse estrechado entre el respecto del Padre, y la religion del juramento, exponiendose al apremio, antes que faltar á la obligacion de Christiano, ó á la de hijo.

127

Y de todo resulta convencido, que las Haziendas de Chancaillo, han estado desde su origen, en la posesion de las aguas: que jamás ha havido contienda: y que si alguna hubo, fué superada por los de Chancaillo, con la prohibicion extrajudicial; y aun con la judicial, quando ha sido neces- sario; sin que los de Jéquan ni judicial, ni extrajudicialmente hayan insistido: y últimamente, que así por las Canales, como por las Limpias, y todos los demás actos de Do- minio, todo ha sido de derecho, y nada de facul- tad, ó condescendencia.

PUNTO III.

EN Don Jacinto no ha havido possession: y si ha ocupado en algun tiempo las aguas, ha sido dolosa, y furtivamente, en todo lo que excede à lo respectivo à sus tierras.

128 **L**A Possession, ó puede ser reciente, ó puede ser immemorial: llamale immemorial aquella cuyo principio excede à la memoria, ó à lo menos passa de cien años; como explica *Franch. decifs.* 183. num. 3. *Cyriaco Contr.* 688. à num. 26. aunque otros AA. inclinan, à que basta la ocupacion de quarenta años, quando concurre la ciencia del contrario: y esta dice ser la mas verdadera *Gobio de Aquif. quest.* 10. num. 20. La reciente es aquella, que no llega al tiempo de 10. años, que es el que se requiere para la prescripcion entre presentes, ó 20. entre ausentes, segun el mismo *Gobio num.* 15. y será mas, ó menos reciente segun fuesen mas, ó menos los años.

129 Don Jacinto no puede dirigirse à probar la possession, immemorial de llevar todas las aguas; porque constando que por los años de 635. estavan las Haziendas de Chancaillo en possession de sacar agua, y que se quexaron al Juez, porque Jequan quitó llevarle mas de la mitad, consta tambien por la misma confesion de Don Jacinto, que hasta el año de 36. no cogieron sus Arrendatarios, ni Antecessores mas de 57. anegas; conque forzosamente no se pudo sacar mas agua, que la correspondiente à esta corta siembra, y toda la demas baxaba para Cancaillo: y como no puede negar el facto de que en todo este immemorial tiempo, han passado las aguas para abaxo, recurre à que baxaron de condescendencia; pero sea lo que fuere, no puede negarle, que hasta el año de 36. fuè la Hazienda de Chancaillo, quien llevó la mayor parte de las aguas.

130 Por esto Don Jacinto dexando la immemorial, insiste en la possession reciente, desde el año de 36. hasta el de 43. en que se movió este litigio: y para probarla se funda, en que D. Lorenzo confiesa que cogiendo antes solo 57. fanegas, quatro años antes del pleyto, havia cogido 107. conque siendo para esto necessaria toda el agua, se le venia à confessar la possession

possession. Y para esforzarla, y juntamente extender el tiempo arguye así: Don Lorenzo dice, que el despojo se le hizo por la obra de Joseph Alvaro en la nueva Asequia, que abrió para sacar agua en la Calera, siendo Mayordomo: este lo fué aora 20. años; luego otros tantos há que Don Jacinto se halla en possession.

131

Agregase, que sus testigos dicen, que ha estado en possession de llevarse el agua. Los de Don Lorenzo por otro lado, que tambien ha estado en possession de llevar copiosas aguas hasta el año de 43. y que nunca vieron quedarse la Toma en seco, como estava al tiempo que se restituyó à Don Lorenzo; conque de todo resulta vna grave confesion que necessita explicarse en el orden de los hechos, para que se deslinden los derechos de cada vno.

132

Que Joseph Alvaro hizo nueva Toma, no puede dudarse à vista de la plenísima prueba que tiene dada D. Lorenzo á la pregunta 6. de su interrogatorio. D. Jacinto quiere decir, que no fué obra nueva; sino limpiar la antigua; y la verdad tiene de vno y otro; porque lo que passa es, que para regar la Calera hubo Asequia desde el año de 635. porque diciendo en la vista de ojos, que sacaban agua de este Puquio, por alguna Asequia se havia de conducir; pero desde entonces se impidió el uso por disposicion de los mismos Dueños de Jequan, quienes de su voluntad dexaron de usar este Puquio, para mantener integro el otro de la Caña. Fué la razon; porque como las tierras de Jequan eran lo principal del fundo; y la Calera vn *poco*, ó *pedazo* como se dice en la vista de ojos, era preciso atender á lo principal; y la practica de lo mandado por el Juez les era bien dificultosa; porque hallandose las tomas de Jequan levantadas, y profundo el Puquio de la Caña por donde se riegan, si por sacar agua del de la Calera la soltasen en el otro Puquio de la Caña desvariando la mucha champeria conque se repressa el agua para introducirla en la Toma, seria vna operacion muy laboriosa, que no es para todos los dias; y por esso tuvieron por mas commodo el dexar à Chancaillo todo el Puquio de la Calera, para que en el otro estuviere permanente la obra de fagina: y por esso se contentaron con hazer las semeateres en Jequan, y en la Calera no se sembraron mas que vnas tres ó quatro fanegas, correspondientes a vn corto manantial de agua, que se deribava de vnas lagunillas, que havia en los patos comunes de la Villa, cuyo aqueducto hasta oy está patente.

En

134

En este intermedio hasta que entrò Joseph Alvaro (que consta de mas de 20. años) ya estuvo tan olvidada la Asequia, que salia del Puquio, que bolviendola á abrir este Mayordomo se tuvo por obra nueva, como lo dizen los testigos; y aunque D. Jacinto alega que fuè limpia, lo que sale de esta relacion es, que ni fuè limpia, ni fuè obra nueva; sino obra renovada, para que se expliquen las cosas con sus nombres propios; y viene à ser todo question de voz; porque sea obra nueva, ò renovada, lo que tiene probado Don Lorenzo es, que entònces fuè quando comenzó á sacar agua Don Jacinto.

135

El aqueducto no es ni la possession, ni la vsurpacion del agua; pero es el medio para poseerla, ò para vsurparla: nunca pudiera conseguir Don Jacinto cargarle con todas las aguas de improviso, porque entònces la necesidad le hubiera hecho repeler con la legitima defenja; y así luego que tuvo formada la Asequia, fuè disponiendo las tierras, é introduciendose poco à poco en los pastos comunes; y así tambien se fuè llevando mas, y mas agua para su beneficio: pero siempre quedava vna porcion considerable para Chancaillo; porque aunque quando el entrò el año de 36. atajaba el Puquio con vna operacion de 150. chãmpas, pero la constitucion, y sitio de la Toma que renovò Joseph Alvaro, por la inclinacion del Puquio, y su profundidad hazian, que por cima del obstaculo se derramase porcion de riegos, que juntandose con los desagues (quando los havia) desimulaban la vsurpacion; y atribuyendose à escazès se toleraba el perjuicio con ignorancia de su causa. En esta conformidad corrieron quatro años hasta el de 40. en que Don Jacinto llegó á coger de 99 á 109. fanegas, y este aumento lo padeciò tanto Chancaillo, que baxò de su regular cosecha en mas dos mil fanegas, con la misma siembra.

136

Los años de 41. y 42. fuè quando para mejorar la obra de Joseph Alvaro, mudò la Toma D. Jacinto à lugar inferior; donde puesta en igualdad con el plan de la madre, con solo atrabellarlo se introduce en sus tierras por su Asequia, dexando en seco el Puquio principal. Así lo hizo el año de 41. como lo declaran sus mismos negros, que fueron operarios; de los quales el vno à fox. 17. pregunta 2. dice: *aora dos años se mudò la toma, y se abrió mas abaxo de la Asequia de la Calera, porque estava pessada: y se abrió mas abaxo por estar allanada: y aora està facil de cerrar lo que antes no se podia.*

Y

Y el otro á fox. 18. *que es cierto que cora dos años se mudó la Toma de dicha Asequia, y se abrió mas abaxo por estar arriba muy pesada, y abaxo mas llana, y facil de cerrarla, lo que no se podia en la Toma de arriba por el mucho trabajo, y champeria que necesitava:* y aunque en la ratificacion de fox. 175. dizen, que no dixeron haverse mudado la Toma, en esto procedieron con prevencion del Amo, que los remitió con el papel de fox. 174. y con la instruccion necesaria para la negativa, que no le aprovecha: lo primero, porque las declaraciones que van puestas á la letra, no solo exponen todo el hecho, sino quedan tal razon de lo obrado, y del motivo, porque se executò, desuerte, que no dexan duda en la materia; y aunque la fee del Escrivano con la presencia del Juez, superan al testigo quando niega haver declarado elgun hecho, que está puesto por declaracion, segun las Doctrinas de *Herrera in prac. Crim. Lib. 2. Cap. 2. §. 2. num. 5.* lo tiene probado Don Lorenzo con las declaraciones del Maestre de Campo Don Diego Calaverde á fox. 149. pregunta 6: y Don Pedro de los Santos en la misma pregunta á fox. 137. quienes dicen haver declarado dichos esclavos la mutacion de la Toma; y el dicho Don Pedro no solo declara haverlo oído á los negros, sino á Don Christoval Barrata, quien le expresó que el mismo Don Jacinto su hermano le havia dicho, no podia negar haver la mutacion de la Toma.

138

Y aunque quiere tambien atribuir a Limpia esta nueva obra, pero en las declaraciones que van puestas á la letra, se reconoce la individual razon, y pericia conque los negros declaran, como prácticos, y vnicos oficiales de limpiar y abrir conductos: mayormente, quando distinguen la Asequia antigua de la nueva suponiendo que ay dos; y ninguna se multiplica con limpiarla; y sobre todo está de manifesta la Asequia antigua, aunque hollada de los ganados, que allí pacen, la que se puede reconcer.

139

Asi lo dispuso Don Jacinto desde el año de 41: pero como ni en este, ni en el de 42. hizo mas sementera que de 6y. fanegas como confiesa á fox. 45. dexó correr libre el agua, volviendo al Puquio todo lo que le tobrava por la contraesquia, ò delague, que tiene formado para este efecto; y el año de 43. fué el primero en que quiso probar con la total vsurpacion, que sentida de Don Lorenzo, ocasionó el pleyto: porque lo que tuvo sembrado Don Jacinto en este año de 43. fué tanto, que después de haverle quitado las aguas,

(.821)
cogió mas 117. fanegas sin exemplar: de que se infiere, que siendo forzoso el que mermase mucho con acortarle el riego, para que fuese la sementera mayor con menos agua, era necesario que la siembra fuese sin comparacion desmedida, y por consiguiente, que la usurpacion del agua fuese ya total.

140

Y en este orden de hechos, lo que tenemos por Don Jacinto es; que desde aora 20. anos, se introduxo al Puquio renovando la Asequia; que hasta el año de 36. se sacó poca agua, porque en todo Jequan se sembrava poco; que despues del año 36. fuè sacando mas y mas agua, conforme se iba tomando las tierras de la Villa, que declaran los testigos á la 5. pregunta; que el año de 41. mudò la Toma, porque la otra estava pessada, y se le passava el agua para Chancaillo; que en estos dos años no se valiò de toda la idoneidad de la Asequia, porque no necesitó el agua; y que en el año de 43. en que del todo la tapò dexando el Puquio en seco, entonces fuè advertido por Don Lorenzo, y propullado.

141

En cuyos terminos debemos distinguir lo que es ocupacion de parte de las aguas, de lo que es aprehension de todas ellas. en quanto á la parte, ni se duda, ni niega Don Lorenzo, que desde que renovò la Asequia Joseph Alvaro, hà sacado por ella mas ó menos agua, conforme se ha introducido en los pastos; però esta ocupacion paulatina no se llama posesion, sino intrusion; la qual no produce efecto de manutencion, ni otro legitimo derecho segun *Postio decisi* 234. num. 4. y es la razon; porque este mismo modo de irse extendiendo poco á poco, de suerte que no lo sienta el vecino, es vn argumento del hurto. y la mesma precaucion para ocultarle va suponiendo el vicio de mala fee que encubre.

142

Però si passamos á la totalidad de las aguas, no la ha probado Don Jacinto, pues en toda su dilatada prueba, no ay ni vn solo testigo, que asirme estar en posesion de llevarse el agua toda: porque aunque dicen, que ha sacado todas las aguas, que ha querido sin limitacion, ninguno expressa que alguna vez haya querido llevarselo todo: por el contrario los testigos de Don Lorenzo todos declaran; que siempre han visto correr no solo aguas, sino abundantes; conque aunque la posesion fuese dudosa en quanto á la cantidad poseida, que pudiera ser mas en vna parte, que en otra; pero á lo menos en esto que es llevar agua es evidente, que siempre ha llevado Chancaillo porcion de ella, y que nunca llegó D. Jacinto

cinto à dexas en seco el Puquio hasta el año de 43. que fué el año primero, y el que dió ocasion al pleyto; el qual no produce possession, porque antes es expoliativo, segun las doctrinas de *M. Ant. Sabell. §. Possessio num. 10.*

De aqui resulta, que ni quede ser mantenido en cantidad determinada de riegos, ni menos en llevarse todas las aguas.

143

No se le puede mantener en cantidad determinada, porque no ay testigo que diga, ha sacado tantos riegos; aunque digan que saca sin limite; y constando al mismo tiempo por la prueba de Don Lorenzo, que á Chancaillo han baxado siempre aguas abundantes de estos Puquios, viene á ser, como dice el *Cardenal de Luca de Ind. disc. 13. num. 9.* § II. materia obscura, turbida, é intrincada, el discernir quanta sea el agua, que ha llevado cada parte, en la forma, que ni el mismo Don Jacinto puede afirmar quanta es la que ha sacado, como que no ha tenido regla. En cuyos terminos es expresa la doctrina de *Postio observ. 49.* donde despues de fundar que no es mantenible la possession obscura, passa en el *num. 7.* à la que es incierta por incertidumbre de las partes antes de la liquidacion: en el *num. 9.* enseña, que quando las partes son ciertas, entonces se puede dar manutencion en lo comun; *quia potest fieri divisio iuxta quotam concurrentis quantitatis*: de que resulta al contrario, que quando las partes son inciertas del modo que ni se pueden prestar, ni adquirir, no ay manutención, sino que se debe antes proceder à declarar el derecho de las partes, en los terminos que expone al *num. 8.* todo lo qual se instruirà mas en forma en la Conclusion de este alegato, quando se funde el estado para determinar-se sobre la propiedad.

144

Y aunque quiera decir, que està à lo menos en possession de sacar mayor porcion de agua, lo primero no consta que alguno deponga de la mayor porcion: lo segundo, porque aunque huviera alguno, que así lo afirmase, pero esta era vna possession reciente, clandestina, y no titulada; pero la que tiene probada Don Lorenzo es antigua, publica, y titulada; y las de esta naturaleza prefieren á las otras, que pacen aquellos vicios: son Doctrinas de *Gracian. Affictis. Merlin. Mascardo. Duràn,* y otros muchos en los lugares que recoje *Sabelli §. possessio num. 9.* Porque aunque es plenísimo el lugar de *Postio observ. 42.* don dice, que para el efecto de la manutencion no se requiere conocimiento del título, y

en

en este sentido trahe todas las doctrinas del Intruso, detentador, y ladrón; pero todo esto pertenece al juicio sumarísimo, en que el ocupante pide no ser turbado, y no al juicio posesorio mixto, como lo dice en el *num. 2.* ni al posesorio plenario, donde examinada la justicia del título se ha de determinar sobre la posesión, como lo declara *al num. 102.*

145

En quanto á la ciencia, es tambien plenísimo el lugar del mismo *Potho en la observ. 40.* donde hasta el *num. 15.* enseña con toda la plenitud de textos, y AA. que en los bienes vacantes corpóreos, no es necesaria ciencia, ni tampoco en los muebles no vacantes; pero en los inmuebles ocupados, se necesita ciencia, y paciencia. En los incorporales, donde solo ay quasi posesión, tampoco se duda de este requisito, porque *con la Ley 2. Cod. de servit.* la define, *usus cum scientia & patientia adversarij*, y aunque el *num. 17.* pasa á examinar, quando en el posesorio sumarísimo se haya de mostrar la ciencia, y paciencia del contrario, distinguiendo de casos; pero en el posesorio plenario dexa establecido, que siempre se requiere ciencia; y mucho mas en los bienes inmuebles, y que son ocupados por otro; á cuya especie pertenecen las aguas, porque siendo qualidad del fundo, y parte nobilísima, por la qual se constituye, se debe juzgar inmóvil, conforme á la naturaleza del todo: segun *Gobio quest. 9. num. 61. con Menochio conf. 1281. num. 6.*

146

Y llegando para la aplicación de estas doctrinas al cortejo de ambas posesiones, se hallará, que la de Don Lorenzo está probada de tiempo immemorial, claramente, en presencia, y siendo author el Juez que le repuso en todo lo que le faltava desde el año 635. que continuó quietamente, porque no haviendose movido pleyto por parte de los AA. de Jequan como confiesa Don Jacinto en la pregunta 6. de su interrogatorio, no es creible que voluntariamente todos los interesados de Chancaillo abdicasen de sí, y renunciasen vna cosa tan vril, y preciosa como el agua, y se debe presumir, que continuaron segun *Sabelli §. possessio num. 30. con Mascardo, Menochio, Barbosa, Vrsuolo, y decisionss compiladas en las recentor.* Y el mismo Don Jacinto confiesa, que en su tiempo han llevado las aguas, aunque diga que por su condescendencia; á que se agrega la cortedad de sementeras que ha hecho ociosa qualquier prohibicion en todo este medio tiempo.

147

De que resulta, que esta posesión antigua, no solo ha sido

(Amo.)

fido publica à los antiguos AA. y al mismo Don Jacinto, sino que sirve de titulo, porque passa de 100. años segun el mismo *Sabelli num. 32.* afirmando que tiene fuerza de concesion, y privilegio la centenaria: y si quisiere examinar la concesion original, no es otra que los repartimientos, y composiciones de las tierras; porque estos son el repartimiento de las aguas, y su ajustada prorrata como llevamos fundado en el *num. 39.* Y aña date la reflexion de vn ingenioso Maestro, que advirtió sobre el *Titulo 12 lib. 4. de las de Indias,* que siendo la inscripcion, *de la venta, composicion, y repartimiento de tierras, solares, y aguas:* en todo el titulo no se encuentra Ley que exponga el modo de repartir las aguas y todo se reduce al repartimiento, y mensura de las tierras: de que se infiere, que debiendose entender las Leyes conforme al titulo, el mismo orden de dividir las tierras es el que comprehende el repartimiento de las aguas: Ni puede dudarse en nuestras Indias à vista de la Ordenanza, que destina vn riego para cada diez fanegadas: de que se infiere, que el que tiene mas decenas de tierras, esse tiene mas repartimiento de riegos. Y en esta forma si Don Jacinto busca el titulo de Chancaillo, lo tiene amplio, y espacioso en 327. fanegadas, que es el mismo que tiene Don Jacinto para las que le tocan en prorrata por su fundo: quedando convencido, que la possession de Don Lorenzo ha sido inmemorial, manifiesta, y titulada.

148 Por el contrario Don Jacinto, aunque su possession es antigua en quanto al agua respectiva, pero en quanto al exceso con que se ha ido introduciendo es muy moderna, como principiada despues que en el año de 36. comenzó à extenderse en sementeras, hasta introducirse en los pastos comunes, rozando los Montes, y Cañaberales; cuya obra la perficionó aora tres años, segun deponen los testigos peones, y practicos, en la informacion que corre hasta fox. 26. con toda la demas prueba del interrogatorio: y esta es la razon porque Don Jacinto se precipito al exceso de secar el Puquio, como nunca lo havia hecho; porque como mediante esta operacion adelantò muchas tierras que sembrar, tuvo en que embeber todo el resto de las aguas.

149 Y así se manifiesta, en el exito de esta sementera, en que sin tener toda el agua, sino mucha menos, logró 115. fanegas: y siendo así que antes sembraba toda la hazienda, como declaran los testigos á la pregunta II. y con mas agua rel-

(.vii.)

respectivamente, es visto que este extraordinario aumento en la vltima cosecha, corresponde al aumento de tierras nuevas; porque las que antes tenia todas las sembraba.

150

Pero no solo es reciente la introduccion en el exceso, sino tambien dolosa; porque como declaran todos los testigos en la pregunta 5. de Don Lorenzo, cinco años antes del Pleyto, no havia en la Calera 14. fanegadas, y oy ay más de 30. de sembradura; porque à manera de alubion se ha ido aumentando insensiblemente sobre los pastos comunes; y aunque este es vn modo legitimo en los Rios, que no saben lo que hazen, pero es muy improbo en los hombres, que de proposito lo executan; conque por necesidad se concluye, que si 5. años antes solo havia vn tercio de las tierras, tambien sacaria vn tercio de las aguas, en que se ha introducido con la misma insensibilidad.

151

Y que esto fuesse oculto, sin que se lo pudiesse percibir Don Lorenzo, es demonstrable; porque la Toma de D. Jacinto, como confiesa à fox. 44. pregunta 2. se halla entro de tales pantanos, que no pueden entrar sino à pie descalços, y à riesgo de atollarfe; por cuyo motivo dize, no haverla visto en 20. años: y aunque la vecindad es vna presumpcion de ciencia en las cosas del vecino; pero como enseña *Mascardo en la conclus. 1414. num. 5.* no puede presumirse, que el vecino ha reconocido lo que no pudo ver el mas vecino; y con mayor razon no podrá haver visto lo que el dueño no pudo ver entro de sus dominios.

152

El modo como pudiera advertirlo Don Lorenzo, era por el efecto; pero en las cosas que no ay determinada mensura, (como estos Puquios, que crecen, y menguan segun son altas, ò baxas las sementeras de los fundos superiores, en sentido de Don Jacinto à fox. 45. pregunta 6.) no se puede conocer la causa, aunque se advieta la falta; y entre los fundos superiores, è inferiores ay esta diferencia, que si es inferior se lleva el agua es patente al superior, quien sino la pide, sin mas acto manifiesta su paciencia; pero el inferior à quien le usurpan puede no percibir lo que se lleva el superior, mayormento si lo conduce por lugares inaccesibles.

153

Y en estos terminos sin duda hablaba el interdicto Pretorij *uti hoc anno aquam de aqua agitur non vi, non clan, non precario duxisti vim fieri veto*, de que haze memoria *Ulpiano en la Ley 1. ff. de aqua quotid.* donde se note, que para este interdicto sumarisimo, se requieren dos cosas: el que la posesion

(471.)

señal sea de vn año, *uti hoc anno*, y el que no sea oculta, *non clam*: de que se infiere, que puede haver posesion entera de vno y otro año, y que con todo esso sea oculta; pues de otra suerte, si por solo el tiempo, y la vecindad se presumiera la ciencia estuviera ociosa la prueba que pide el interdicto de la publicidad sobre el año dé la ocupacion. Si Don Jacinto huviesse sacado toda el agua sin dexar porcion de ella, como en esto que es secar el Puquio, no ay mas ni menos, seria la ciencia inexcusable, como lo fué en la vltima faccion de Don Jacinto; pero como siempre dexó el agua que en la antigua Toma no pudo sujetar, pudo atribuirse á causa de escases, y esterilidad de las vertientes.

154

Pero lo que haze al calo es, que el que quiere fundarse en la paciencia agena de probarla, segun *Pothio observ. 40. num. 30. in fine*: y todas las vezes que la causa posesoria se dirige contra otro, que tiene fundada su posesion anterior, se le debe probar la paciencia para no caer en despojo, como lo funda el mismo A. *Loco ubi supra per totum*.

155

Faltale finalmente el titulo, porque no ha presentado alguna concession particular, y el que vnicamente tiene, es el repartimiento de tierras en que se entiende tacita la prorrata de las aguas; el qual no solo es insuficiente, sino contrario al exceso, por lo mismo que es exceso; y no haviendo otro titulo, (porque el del nacimiento de las aguas de los Puquios queda ya convencido, no solo de falso, sino de inconducente.) Venimos á dar en que á Don Jacinto le faltan en su posesion aquellas tres qualidades, de antigüedad, publica, y titulada conque Don Lorenzo la supera, en conformidad de las Doctrinas expuestas desde el *num. 114*.

156

En quanto al todo de las aguas, tiene menos dificultad la materia; porque Don Jacinto no ha mostrado titulo de concession en que se le asigne el todo de los Puquios; ni en todos sus instrumentos se halla vna palabra de repartimiento de agua. La propiedad de origen, se ha demostrado ser falsa, y que nada conduce el que naciesen en sus tierras, con todo lo que haze para la propiedad: conque el vnico titulo conque debe sacar es agora el repartimiento de las tierras, el qual como hemos fundado con las Leyes Reales, es tambien repartimiento de aguas: y si es repartimiento, ya se ve que no puede ser totalidad; porque lo mismo es tener derecho á ciertas partes en prorrata con otros interesados, que pertenecer las otras partes á los otros con quienes entra en division.

Este

157

Este es el titulo legitimo de Don Jacinto; porque sino entra por razon de las tierras, havrá de de conceder, que son del Rey, de quien son todas las aguas con todos los pastos, y montes; del mismo modo, que las Minas, por la *Ley 5. tit. 17. lib. 4.* sin que importe el que sean Puquios, Pozos, ó fuentes segun *Escajona lib. 2. part. 2. cap. 21. num. 1.* donde dice, *que el Rey desde que fué Dueño del suelo, lo fué tambien de todas las aguas, y que todas las retiene en quanto no las huviesse concedido, ó repartido*: notense los dos terminos *concedido, ó repartido*, que hazen las dos especies de titulo por donde se ha de introducir el que demanda; suponiendo ante todas cosas con el Señor *Castillo tomo 7. cap. 16. num. 10.* que quando la posesion es sobre las aguas por ser punto de regalia, ante todas cosas se debe principiar por el titulo, y sin él no ay manutencion.

158

Conque haviendo de monstrar el suyo Don Jacinto, diga qual es el que le asiste de los dos modos conque en las Indias pueden las aguas adquirirse; esto es por *concesion*, ó por *repartimiento*, en Rios, Fuentes, y Pozos, que eran las obras manuales de los Indios, como lo fueron las folas de estos Puquios, segun se ha demostrado.

159

Si dixe se ser concesion, mientras no la muestra, debe ser expelido del todo; si dixe se que es repartimiento, debe entrar en prorrata con los demás que supone el concepto de repartimiento, que dice pluralidad de sujetos, y division de partes; y en estos terminos ya se conoce, como repugnaba à su mismo titulo la posesion de todas las aguas, la qual no es manutenable aun quando la huviese verificado. Es Doctrina expressa de *Giurba observ. 71. per totam. Antunez lib. 3. cap. 45. num. 20. Pareja tit. 9. resol. 2. num. 17. § 23. Fraso cap. 95. num. 62. Pereira decis. 24. num. 10.*

160

Y la razon es, porque siempre que en el titulo propio consta del derecho ageno, forzosamente se constituyen en mala fee, pues contra el proprio instrumento, no se admite ignoancia, con la *Ley Non est ferendus, ff. de transact.*

Pero en Don Jacinto, no solo es presumpcion esta ciencia, sino declaracion propria, así en la tassacion que hizo de Charcaillo con todos sus derechos de agua, como en la declaracion que hizo á favor de Don Juan de Beramendi, sobre que se han de reproducir todas las reflexiones que van expuestas al num. 35.

161

Ni puede evadir la mala fee por decir, que él se introduxo

duxo á los Puquios, porque nacen en sus tierras, y que el lo tuvo por título legitimo; sea, ó no legitimo título; porque á fox. 33. pregunta 2. examinado si sabe donde nacen los Puquios, si en sus tierras, ó en los Potreros de Olguin, y Gonzalo responde; *que no lo sabe*, y aqui entra el argumento indisoluble; porque primero es saber el origen de los Puquios, que aprehenderlo por título, para la posesion de las aguas, luego si despues del Pleyto aun no sabia Don Jacinto, si los Puquios nacen en su fundo, ó en el agenc, para la posesion del agua, antes del litigio no pudo concebir semejante título; y de aqui se conoce, que este recurso solo ha sido inyectiva de su director, y que no aprehendiò las aguas, porque nacen en sus tierras; sino al contrario, dice que nacen en sus tierras, para defender la vsurpacion de las aguas.

162

Todos estos fundamentos persuaden con evidencia, que aun quando en algun tiempo huviese llebado Don Jacinto todas las aguas (lo que no depone ni vn solo testigo) con todo no se podia mantener por los vicios de furtiva, y clandestina, intitulado, y dolosa. Pero aun ay otro derecho mas particular; y consiste, en que las aguas que se repartieron en la poblacion, no pertenecen á los dueños, sino que son debidas á las tierras: mas claro; no le pertenece á los dueños por los dueños, sino á los dueños por las tierras; y esto se persuade de dos modos; porque como se notò en *num. 147.* en todo el título de las composiciones, ventas, y repartimientos de tierras, y aguas, no ay repartimiento alguno de aguas; luego las aguas nos vienen por el repartimiento de las tierras. Lo segundo, y mas particular; porque la *Ley II. tit. 17. lib. 4.* manda, que hecho el repartimiento de tierras, *se de á cada vno el agua que debe tener*: luego el agua se repartiò en quanto se debe tener; y siendo cierto que aquel *en quanto deba tener* dice respecto á la cantidad de tierras, porque á las personas como personas, no se le debe agua, ni en ellas, como tales, ay cosa que pida mas ó menos cantidad de agua; luego todo el repartimiento de la Ley se entiende hecho á las mismas tierras, ó á las personas, por lo que deben tener al respecto de sus fundos.

163

Y en estos terminos es notorio, que todas las veces que vno adquiere vn derecho por razon del suelo, ni puede enagenarlo reteniendo el fundo, ni tampoco vender el fundo, y retener el derecho. En lo Canonico no era exemplo incongruo el del Patronato, que aunque sea por su naturaleza

P

excep-

exceptuado de todo comercio, vendidas las temporalidades, sobre que consiste, passa tambien con ellas el patronato en la especie del *Cap. Ex literis de Iure Patron.* Pero en lo Civil se identifica el exemplo de la servidumbre real debida al predio, que ni se puede reservar en la persona vendiendo el fundo, ni se puede vender à otra persona, reteniendo el predio dominante. *Sabell. §. Servitus. num. 8. §. II.*

164

Esto mismo, y con mayor razon es lo que sucede en la distribucion de las aguas; porque no solo se tiene como derecho Real, sino como derecho Real necesario, en que consiste la substancia del fundo, y del mismo modo que el hombre libre no es dueño de sus miembros para destrozarlos, tampoco es dueño de los fundos el Señor para destruirlos. Si al publico conviene el que los thesoros no los disipe el que los tiene, sin embargo de que ellos no se pierden, porque alguno los recibe, quanto mas convendrá al publico, que se conserve el agua en su proprio fundo, quando de transferirla à otro el mismo dueño, se sigue aniquilarse, y haver esta hazienda menos en el comulo de las que sirven à su abasto; y de aqui debo inscribir, que las doctrinas que hablan de la venta de las aguas, se entiende de las que sobran, y no de aquellas que se juzgan necesarias à la labor del predio.

165

Caso práctico, y singular doctrina es la del *Cardenal de Luca discurs. 34. de Empt. & Vendit.* donde propone, que necesitando el Monasterio de Santa Theresa de vna parte de aguas y Huertos de los Palacios de Matheis, compraron todo el Palacio por no querer los dueños desmembrarle; y haviendo aprovechado para sí parte de los Jardines, y el todo de las Fuentes, vendieron el Palacio al Cardenal de Maximis, à quien ofrecieron dar alguna parte de agua, la que les pareciese declarar por escriptura separada; y concluida la venta, las Monjas quisieron para sí la parte mas notable, y al comprador dexar vna corta, y moderada; solicitaba el Cardenal comprador se repartiessen las aguas en prorrata à los Jardines vendidos, y reservados por el Monasterio; sin embargo de que el contrato en quanto à la quota se havia cometido à solo el arbitrio de las Monjas; y puesta la materia en balanza de juicio, se determino à favor del Cardenal, que vendidas las tierras, se entienden tambien vendidas las aguas en prorrata; y la mayor facultad que este Eminentísimo Author concede al dueño en el *num. 19.* es, que pueda re-
ferbar

ferbar la exuberante, pero no la necesaria: que es lo mismo que yo havia discurrido en el *num. antecedente* sobre la inteligencia de las doctrinas que tienen los AA. para que se puedan vender las aguas, pues estas que son las que se pueden reservar, serán tambien las que se pueden transferir.

166

Y de aqui salen dos inferencias por superioridad de razon: la primera, que si el agua necesaria no se puede separar del fundo en alguna parte notable, mucho menos en el todo. La segunda, que si el animo expreso del dueño no es capaz de separar estas aguas de sus respectivas tierras para aprovecharlas; mucho menos la paciencia de tolerar à vn intruso, que apenas es vn consentimiento tacito, ò presunto de perderlas.

167

Dicese de contrario, que despues de haver tapado todo el Pequio en este vltimo año, cogió Don Lorenzo mas de 140. fanegas, conque se excedio al todo de los antecedentes; y que esto proviene de que aun despues de atravesado el Pequio, passa á Chancaillo vna gran porcion de desagues; y la agua de noche; que aprovecha en el Estanque; y para mayor comprobacion pregunta en su interrogatorio, si se juntan siempre abundantes aguas de los dos Pequios que baxan à Cancaillo, en el passo de Mata-baca.

168

Pero esto es suponer lo mismo que se ha de preguntar; porque es cierto, y assi lo entienden los testigos; que quando sueltan las aguas, corren, y se juntan en Mata-baca; pero como no ay parte de donde vengán retapados los Pequios, y puestos en seco, no avrá mas aguas en este passo, que la que alli está empozada, por la profundidad del sitio. Los Estancos no son meritos para que los fundos pierdan sus derechos, sino industrias para aprovecharlos; lo mismo que se le debia á Chancaillo, quando no tenia esta mejora, tambien oy se le debe; y Don Jacinto puede hazer en Jequan la misma diligencia: los Estancos son vn aprovechamiento contingente, porque se ciegan; y este, todos los dias con el barro que arrastran los desagues de Don Jacinto: y si oy Don Lorenzo puede costear las Limpias, quizá no podrán sus herederos: tambien puede quebrarse como ya ha sucedido por lo arenisco del terreno; y vn fundo de tanta consideracion, no se ha de exponer solo por que Don Jacinto no tenga el mismo desvelo, y que sus operariós se hechen à dormir sin el cuydado de regar: partanse las comodidades con las pensiones; que no ha de ser toda la agua para vno,

vno, y todo el sudor para otro: lo que fuere de Don Jacinto, llevalo de dia, y de noche; pero lo que es de Chancaillo, baxe de noche, y de dia; y cada vno disponga el modo de aprovechar lo que le toca.

169

Si los defagues le parecen tantos á Don Jacinto, que con ellos se haze vna sementera mayor que la luya, no tiene que quejarse en que se le quite mas de la mitad del agua; pues si la ha de soltar por abaxo, nada pierde: conque se saque desde arriba; y Don Lorenzo adelantará el llevarla limpia para que no le ciegue las Aléquias, escusando vna limpia perdurable; y porque le parece que haze mucha sangre la sementera que cogió Don Lorenzo el año de 43. buelva la tabla Don Jacinto, y conocerá lo poco que persuade.

170

Las siembras se hazen desde Junio hasta Septiembre; por Agosto le quitò las aguas Don Lorenzo: y dexandole con medio Puquio, cogió 117. fanegas, que nunca ha cogido; luego con el medio Puquio tiene Don Jacinto quanto necesita. Al contrario en Chancaillo, si Don Lorenzo cogió 1400. fanegas, fuè porque en esse año fuè restituido al Puquio, y medio; luego todo el Puquio medio se necesita para vna sementera correspondiente á aquel fundo, y configuientemente se demuestra, que esta distribucion conviene con el titulo, conviene con las Leyes y mente de la poblacion, y vltimamente con la misma naturaleza de las aguas, que piden no separarse de de sus tierras; sin que haya ni fundamento de derecho, ni temperamento de equidad, que fuerze, ó incline á que se dilpente en vn punto de toda la restitucion, que se ha hecho á Don Lorenzo.

CONCLUSSION DE LOS PUNTOS,

Y ESTADO DE LA CAUSA.

171

A Unque Don Jacinto solo ha deducido la possession con protexta de no mezclarse en la propiedad, con todo, haviendose seguido la possession en juicio plenario, se han presentado todos los titulos, jurando las partes no tener otros; como tambien todas las pruebas, que pueden darse por ambas partes: y así de los titulos, como de las pruebas, conocerá V. S: en aquellos, que no ay concession,

(1474)

sion, ni repartimiento de agua; en estas que los testigos proceden con tanta ligereza, que no deponen de hechos, sino de conceptos abstractos, de qualidades de derecho, y animo; y en quanto al hecho de la ocupacion de aguas, los vnos, y los otros, todos expressan, que assi Don Jacinto, como Don Lorenzo, han llevado muchas aguas: esto es lo que han depuesto los examinados, y lo mismo diran qualesquiera otros que se examinassen: con que en quanto a los testigos lo mismo tenemos aora que siempre; y por lo que haze a titulos, haviendose presentado todos no ay mas que esperar.

172

Pero lo principal es, que los puntos de donde pende la resolucion, son todos de derecho: conviene a saber; si las aguas en nuestras Indias sean comunes? Si en el mismo repartimiento de tierras hecho a los Pobladores, se entiendan tambien las aguas repartidas? Si la taciturnidad, o consentimiento del dueño, sea capaz de separar las tierras de sus fundos? Si en las Indias las aguas sean del dueño por nacer en sus tierras? y como se entienda esto? si pueda ser en las fuentes, que estaban nacidas, y destinadas al beneficio de muchas tierras, desde el tiempo de la Gentilidad? ó solo en las que naciesen en tierras pibadas despues del repartimiento? Todo lo qual no se ha de buscar en otro pleyto ordinario de la propiedad, sino de contado en los libros; porque vna vez que se suponga en el derecho que las aguas están repartidas con las mismas tierras, segun hemos fundado con las Leyes Reales, que el dueño no tiene facultad, ni por su silencio, ni por su consentimiento de quitarle las aguas a sus tierras: y vltimamente que el lugar del origen no dà dominio; es notorio el derecho de la propiedad, y no puede haver posesion.

173

El vnico titulo por donde Don Jacinto quiere introducirle al todo de las aguas, es porque nacen en sus tierras; y en esto ay que examinar dos cosas; lo primero, si el nacimiento sea titulo de dominio; y este es punto de derecho, que llevamos fundado desde el *num.* 50. hasta el *num.* 81. Lo segundo, si estos Puquios nacen en tierras de Don Jacinto; y este que es punto de hecho, assi por los titulos, como por los testigos de Don Jacinto, y vltimamente por su confesion expresa, se ha hecho constar de falso, con todo lo alegado desde el *num.* 91. hasta el *num.* 103. Y si el nacimiento diese algun derecho, y fuese menester probarlo

Q

10249
lo, esto se havia de concluir por vista de ojos, y no por muchos testigos. Resultando de todo, que la determinacion no pende ni de más alegatos, ni de mas titulos que se esperen, ni de mas testigos que puedan presentarle.

E cuyos terminos son expresas las doctrinas de *Pozio, de Manut. observ. 42. num. 149. El Sr. Solorzano de Iure Indiar. tom. 2. lib. 2. cap. 29. num. 8.* donde con *Sarmiento, Gutierrez*, y otros enseña; que quando los fundamentos de la propiedad, constan en el mismo posesorio, debe determinarle sobre la propiedad con reato de conciencia, en quien así no lo executa; y hallandose patentes todas las dudas de este pleyto, como, que consisten en mero derecho, debe esperar Don Lorenzo, que haziendose cargo V. S. de los fundamentos, expuestos en el cuerpo de este Informe, contribuya con su justificado dictamen; votando la propiedad en los terminos de Justicia.

Doct. Don Miguel de Valdivieso y Torrejon.

(479)

(32)



DEFENSA EN DERECHO,
POR PARTE DEL CORONEL
DON FERNANDO CARRILLO, Y ALBORNOS.
CONDE DE MONTEBLANCO

Poseedor de las Haciendas de Cañaberal,
nombradas San José, y San Regis, sitas en
el Valle de Chincha, jurisdiccion de
la Provincia de Cañete

EN EL PLEITO
CON

DON CLAUDIO FERNANDEZ PRADA, DUE-
ño de Larán, y otras accesorias en el mismo Valle,

SOBRE

Que se declare, el que tiene á las Aguas
de la Azequia titulada el Socorro desde
principios del mes de Agosto, hasta que
se afianzan las avenidas del Rio.

CON LICENCIA DEL SEÑOR REGENTE,

En Lima: en la Imprenta Real Calle de Concha.
Año de 1784.

5332/a-2e

B 758

C9215

1-SIZE

